

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
CONFLITS DE LOIS

RELATIFS A LA FORME

du Testament sous-seing privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 8 Décembre 1908, à 1 heure 1/2

PAR

André DUBRUJEAUD

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants : { MM. PIEDELIÈVRE, *Professeur*,
 GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
CONFLITS DE LOIS

RELATIFS A LA FORME

du Testament sous-seing privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 8 Décembre 1908, à 1 heure 1/2

PAR

André DUBRUJEAUD

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants : { MM. PIEDELIÈVRE, *Professeur*,
 GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Agrégé*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- Argentré (D'). *Commentarii in consuetudines Ducatus Britannicæ*.
Paris, 1613.
- Asser. *Revue de Droit international*, t. XII, année 1880, p. 5.
— *Éléments de Droit international privé*, traduit par Alphonse
RIVIER, n° 30.
- Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français*.
- Audinet. *Principes élémentaires de Droit international privé*, n° 682.
- Bar (De). *Journal de Droit intern. privé*, 1887, p. 698.
- Bartin. De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des
conflits de lois. *Journal de Droit international privé*, 1897, p. 225.
— L'ordre public international. *Revue de Droit intern. et de législ.*
comparée, 1897, p. 385 et 613.
- Bartole. *Commentariæ*, t. VII, Venise, 1602.
- Baudry-Lacantinerie et Colin. *Donations et testaments*, t. II, n° 2248.
— *Précis de Droit civil*, t. I.
- Bertauld. *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*.
- Bouhier. *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. I, ch. XXVIII,
n° 15 et suiv.
- Boullenois. *Traité de la personnalité et de la réalité des Coutumes*.
- Brillon. *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Par-*
lements de France et autres tribunaux, par ordre alphabétique.
- Brocher. *Nouveau traité de Droit international privé*.
— *Théorie de Droit international privé*, dans la *Revue de droit*
intern. et de législ. comparée, 1872, p. 189.
- Charondas le Caron. *Pandectes du Droit français*.
- Choppin. *Commentaire sur les Coutumes de la Prévôté et Vicomté de*
Paris.
- Champcommunal. *Revue critique*, 1896, p. 382, 597 et suiv.
- Claro (Charles). Note. *Dalloz*, 1899, 2, 177.
- Coin-Delisle. *Commentaire analytique de Droit civil*.

Colin (Maurice). *Journal de Droit intern. privé*, année 1897, p. 78, 508, 931.

Demangeat. *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau Droit*, p. 107, 129, 155.

Demolombe. *Cours de Code Napoléon*, t. XXI.

Denisart. *Collection des décisions relatives à la jurisprudence*.

Despagnet. *Précis de Droit international privé*. — *Revue de Droit international privé*, 1890.

Dicey. *Le Statut personnel anglais*.

Duguit. *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*.

Dumoulin. *Omnia opera quæ exstant*.

Duranton. *Cours de Droit français suivant le Code civil*.

Félix. *Traité de Droit international privé et du conflit des lois des différentes nations en matière de Droit privé*.

Fenet. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*.

Fiore. *Le droit international privé*.

Furgole. *Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*.

Geny. *Méthode d'interprétation*.

Labbé. *Note*. Sirey, 1803, 2, 246.

Lainé. *Introduction au Droit international privé*, t. I, p. 141 ; t. II, p. 399.

— Etude critique d'un projet de convention concernant la solution des conflits de lois en matière de succession, de testaments et de donations à cause de mort. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1902, p. 158, 227, 291, 428.

— Conférence de La Haye, *J. d. int. pr.*, 1894, p. 5 ; 1895, p. 465 ; 1901, p. 5.

— La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de Droit international privé. *Revue de Droit intern. privé*, 1905, p. 21, 456.

— Etude sur le titre préliminaire de projet de revision du Code civil belge. *Bull. soc. légis. comp.*, 1890.

— De la forme du testament privé en Droit international. *Revue de Droit international privé*, 1907, p. 833.

— Esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires en Droit intern. privé. *J. d. intern. pr.*, 1908, p. 321 et 674.

Laurent. *Le Droit civil international*, t. VI, p. 688.

Marcadé. *Explication théorique et pratique du Code civil*.

Merlin. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*.

Pillet. *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*,
J. d. int., 1894, p. 417, 711.

Pothier. *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans.*‡

Prévôt de la Jannés. *Les principes de la jurisprudence française.*

Renault. *Revue critique*, 1884, p. 733.

Ricard. *Traité des donations entre vifs et testamentaires. Don mutuel*,
ch. VII, n° 307.

Rolin (Alberic). *Principes du Droit international privé*, t. II.

Troplong. *Des donations entre vifs et des testaments.*

Vareilles-Sommières. *Synthèse du Droit international privé*, t. I,
n° 105 et s.

Vincent et Pénard. *Revue de Droit international privé.*

Weiss. *Traité théorique et pratique de Droit international privé*,
t. III et IV.

INTRODUCTION

Nous ne prétendons point envisager dans cette étude tous les problèmes que peut soulever, en droit international, le testament sous-seing privé : ils sont trop nombreux. Il en est comme ceux relatifs à l'exécution ou à la révocation de ces testaments qui pourraient faire l'objet d'un travail spécial.

Nous nous bornerons à étudier les divers conflits qui peuvent s'élever à propos des formes instrumentaires et ce sera un terrain assez vaste pour pouvoir dégager des principes qui seront susceptibles de s'appliquer à tous les actes privés en général.

Nous avons choisi dans ce but le testament sous-seing privé, d'abord à cause d'une jurisprudence abondante, de travaux de doctrine aussi nombreux que contradictoires et surtout à cause de la variété presque infinie de conflits mettant en jeu les lois les plus diverses. Le fait est remarquable, il provient des divergences contenues dans les différentes législations à propos du testament sous-seing privé et de ce que la faculté de tester en général n'implique en rien la faculté de tester dans une forme privée. Les législations primitives, toutes formalistes à l'excès, n'ont

connu de prime abord que le testament public avec tout son arsenal de solennités ; ainsi en droit romain le testament olographe n'est apparu que très tardivement à l'époque de Valentinien III et plus près de nous la législation allemande ne l'admit que dans son nouveau Code, après de longues discussions. Il y a là toute une évolution par les stades de laquelle les lois d'un pays sont appelées à passer, mais qui n'a pas encore partout abouti à cause de la résistance des mœurs ou des coutumes. En France, la faculté de tester dans une forme privée apparaît comme le complément nécessaire de la faculté de tester : nul testament de forme olographe ne saurait exprimer de façon plus certaine la volonté du testateur, il est simple, secret, possible à tous moments et en tous lieux. Dans d'autres pays, au contraire, le testament sous-seing privé est considéré comme dangereux à divers égards, on lui reproche de ne point assez garantir la liberté du testateur, de le laisser sans défense en cas de captation ou de suggestion, de ne point assurer la conservation de l'acte, enfin de ne se distinguer que difficilement d'une simple missive. C'est entre ces deux opinions que se partagent les législations : les unes reconnaissent le testament sous-seing privé, les autres l'ignorent, d'autres enfin prohibent formellement l'emploi à leurs nationaux, même en pays étranger. D'où un certain nombre de conflits selon que le testateur a suivi soit sa loi nationale, soit la loi du

lieu de confection, soit la loi de son domicile, soit la loi de la situation de ses biens, etc. . .

Que décider si chacune de ces lois est contradictoire? Laquelle doit l'emporter? Autant de questions que le droit international est appelé à résoudre et que le Code civil a généralement omis de préciser.

En présence de ces lacunes, plusieurs auteurs ont cru devoir recourir à l'ancien droit ; comme eux nous ferons un rapide exposé de la matière, mais pas dans le même but. L'intérêt que nous attacherons à l'historique sera avant tout un intérêt rétrospectif. Il nous montrera comment se posaient dans l'ancien droit les mêmes conflits de lois et de coutumes que nous retrouverons encore à l'heure actuelle ; nous verrons comment ils étaient résolus et quelles critiques soulevèrent les solutions proposées. Ce qui nous conduira à une question plus générale, si l'ancien droit ne s'est point maintenu dans notre droit actuel ou bien si, au contraire, on a voulu briser avec la tradition ? Ce sera le but que nous nous proposerons dans l'étude des textes du Code et dans un exposé sommaire des travaux préparatoires qui ont précédé leur confection.

Nous nous trouverons alors en présence d'une règle fameuse, qu'une longue tradition nous a transmise et qui semble avoir été et être encore la clef de toutes les difficultés à propos des conflits sur la forme des actes ; nous avons dit la règle *locus regit actum*. Existe-t-elle encore de nos jours ? Est-elle un principe

de droit international privé ? Quel sens a-t-elle ? Obligatoire ou facultative ? Quel est son domaine d'application ? Ce sera l'objet d'un chapitre spécial au sujet de la loi du lieu de confection du testament sous-seing privé.

Nous étudierons ensuite la loi nationale du testateur, ses rapports avec le testament privé, son rôle dans l'art. 999 du Code civil. Nous nous demanderons si son application ne doit pas être le principe dominant et à quel titre, si elle doit être exclusive, ou bien admettre une ou plusieurs autres lois à titre subsidiaire. Et nous passerons en revue les nombreux conflits entre la loi du lieu et la loi nationale du testateur selon que l'une ou l'autre de ces deux lois admet, ignore ou prohibe le testament sous-seing privé. Ce sera pour nous l'occasion de faire un exposé de la jurisprudence sur la question.

Enfin ce serait, croyons-nous, une grave lacune que de ne point envisager, comme un auteur l'a fait récemment, certaines hypothèses toutes spéciales où interviennent soit la loi de domicile du testateur, soit la loi de la situation de ses biens, soit la loi du tribunal où le litige est porté. Nous réserverons à chacune de ces lois un examen particulier, tant au point de vue des textes que de leurs résultats pratiques et nous concluerons en nous posant la question si, même en théorie, il serait désirable que l'une quelconque de ces lois, ou même toutes réunies, puissent intervenir

dans les conflits de forme pour valider les testaments conformes à l'une d'elles.

Nous terminerons par un appendice final où nous exposerons les travaux et les résolutions des quatre conférences de La Haye qui se sont préoccupées de testament sous-seing privé et des règles qui lui sont applicables en cas de conflits de lois.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE TESTAMENT SOUS-SEING PRIVÉ AVANT LA RÉDACTION DU CODE CIVIL (1).

Quelle est l'origine du testament sous-seing privé ? se confond-elle avec celle du testament olographe ? peu nous importe. Qu'il nous suffise de dire que le testament sous-seing privé est le résultat de la diminution du formalisme qui pesa lourdement sur la vie juridique des peuples primitifs et qu'il naquit de la disparition des témoins nécessaires au testament public.

C'était important de le constater dès le début, car c'est la preuve que le testament sous-seing privé ne fut pas à l'origine d'une nature différente de celle du testament public mais simplement une forme nouvelle de tester, aussi les règles, en cas de conflit de coutumes, applicables aux uns devaient l'être aux autres. C'est ce qui nous expliquera peut-être pourquoi les

(1) Sur l'origine du testament olographe se rapporter à Merlin ; *Répertoire*, au mot « Testament ». — En sens contraire, M. Viollet, dans son *Précis de l'Histoire du droit français*, la rattache aux lois des Wisigoths.

auteurs italiens élaborant la théorie des statuts ne se sont préoccupés que du testament en général, mais non du testament sous-seing privé en particulier. En outre, il y avait cette raison majeure : qu'il était fort peu employé ; en droit romain, la nouvelle 107 du Code de Justinien ne le permettait plus que pour le père, disposant en faveur de ses enfants ; réduit à cette seule exception, il passa inaperçu.

Les écoles de Ravenne et de Bologne au ^{xiii}^e et au ^{xiv}^e siècle ne s'en occupèrent point : leur principal représentant, Barthole (1), en étudiant la glose *quod si Bononiensis de la loi Cunetos populos, examina* dans le chapitre III les conflits qui peuvent se produire entre le droit commun d'Empire exigeant cinq témoins et le statut local de la ville de Venise qui n'en exigeait que trois.

Mais Barthole n'a nullement envisagé l'hypothèse qui nous intéresserait, celle du conflit entre le droit commun d'Empire et un statut local autorisant le testament olographe par exemple. Ses successeurs ne le firent point davantage ; ni Jacques de Revigny, ni Pierre de Belleperche, ni Balde, ni Masuer, ni Cheseneuz, ni Tiraqueau, n'entrevirent la question. Ils ne distinguèrent point l'acte privé de l'acte public, le testament sous-seing privé du testament authentique, ils n'envisagèrent que la forme en elle-même, abstraction

(1) Barthole (1314-1357).

faite de ses variétés ; et encore pour être plus exact il semble bien qu'ils ne se soient occupés que de la forme des actes publics et point d'autres.

Mais laissons là la théorie italienne qui n'apporte aucune lumière dans notre matière et passons d'emblée dans notre ancienne France et à l'étude de son droit positif. Nous ne remonterons pas trop loin. Nous ne rechercherons pas si avant le ^{xiv}^e siècle la forme olographe que revêtait le testament sous-seing privé en France, existait ou non, c'est là un champ clos pour les discussions entre romanistes et germanistes, nous leur abandonnons le terrain. Plaçons-nous tout de suite à l'époque de la rédaction des coutumes, la France est divisée en deux régions, en pays de droit coutumier et en pays de droit écrit. En pays de droit coutumier, on proclame la validité du testament olographe tel que l'avait conçu la novelle de Valentinien, dans toute sa généralité. Tel était l'article 289 de la Coutume de Paris.

« Pour réputer un testament solennel est requis qu'il soit escrit et signé du testateur ou qu'il soit passé par devant deux notaires ou par le curé de la paroisse du testateur, etc. ».

Le testament olographe fut même si en faveur en pays coutumiers que les auteurs nous apprennent que là où les coutumes n'en avaient pas parlé on l'admit cependant comme de droit.

Dans les pays de droit écrit au contraire, on repro-

duisit le code Justinien, le testament olographe n'y fut pas admis sauf dans les deux cas suivants ; en faveur de la cause pie et dans les testaments des pères vis-à-vis de leurs enfants (1).

Denisart, dans sa collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, fait même une subdivision à l'égard des pays de droit écrit. Il distingue parmi eux, ceux qui ont été autrefois occupés par les Goths, comme le Languedoc, l'Auvergne et le Limousin qui admettent le testament olographe « parce que ces testaments ont été approuvés et reçus, par la novelle de Théodose le Jeune et Valentinien, insérée dans le Code théodosien, et que ce Code ayant été publié de l'autorité d'Alaric, roi des Goths, pour servir dans ses Etats, on a continué le même droit dans ces provinces ».

Comme on le voit, le terrain était bien préparé pour des conflits de coutumes.

Une ordonnance royale de 1629 émanée du chancelier Michel de Marillac tenta d'unifier le droit en la matière, l'art. 126 disait : « Les testaments appelez holographes, écrits et signés de la main du testateur, seront valables par tout notre royaume sans qu'il soit besoin de plus grande solennité, laquelle toutefois si elle y est apportée, n'y fera préjudice non plus que le

(1) Consulter à ce sujet les arrêts rapportés par Maynard, Liv. V, ch. 15 ; — Dolive, liv. V, ch. 1 et 36 ; — Cambolas, liv. V, ch. 13.

défaut qu'il s'y pourrait rencontrer esdites solemnitez, si ledit testament est holographe ».

L'unification ne fut pas réalisée parce que les Parlements de Toulouse, Bordeaux et Grenoble, ne l'enregistrèrent qu'aux termes du droit écrit.

Telles étaient les coutumes. Ce que devaient être les conflits, il est facile de se l'imaginer. L'un des premiers qui se soient posés était celui-ci : quelle devait être la forme du testament portant sur un ou plusieurs immeubles situés dans des pays de coutumes différentes ? La réponse ne pouvait être simple. En France, les coutumes sont réelles disait-on et cette idée de souveraineté territoriale dominait le droit d'alors tout imprégné de féodalité ; de là la première solution qui fut proposée : le testament ayant pour objet un immeuble légué devait observer, quant à sa forme *la lex rei situs*. C'est l'opinion qu'ont soutenu tour à tour Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche, au ^{xiii}^e, Cugneaux et Jean Fabre, au ^{xiv}^e, Masuer, au ^{xv}^e, et D'Argentré, au ^{xvi}^e siècle (1), pour être inscrite en dernier lieu dans l'Edit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, de 1611, aux Pays-Bas. Mais dès le ^{xiv}^e siècle on peut bien dire qu'elle fut délaissée en France, Chasseneuz et Tiraqueau l'avaient combattu, Dumoulin en triompha définitivement en établissant à sa place la

(1) D'Argentré, *Comment. in consuetud Britann.*, art. 218, Gloss. 6, p. 675.

lex loci actus. C'est qu'en effet l'application de la *lex rei situs* avait au moins ce gros inconvénient d'obliger le testateur à faire autant de testament en autant de formes qu'il avait d'immeubles situés dans des pays de coutumes différentes.

Mais la loi de la situation des biens définitivement écartée, la loi du lieu de confection du testament ne devait pas sans contestation dominer toute la matière; un conflit des plus importants, que nous retrouverons dans le droit actuel, devait éclater entre la loi du domicile du testateur et la loi du lieu. La loi du domicile et non la loi nationale parce que cette dernière n'existe pas, la législation n'étant pas encore unifiée; que le domicile fût en France ou à l'étranger, peu importe, on ne distingue pas.

Toutefois remarquons en passant que le litige ne pouvait se produire qu'entre héritiers ou légataires français, car à défaut de cette qualité le droit d'aubaine eut tranché net le problème. Ceci dit, voici quelle était l'hypothèse pratique : un individu domicilié en pays de coutume où le testament olographe est reconnu teste en cette forme dans un pays de droit écrit qui l'ignore; ou bien l'hypothèse, « *a contrario* » un individu domicilié en pays de droit écrit fait un testament olographe en pays coutumier. Et dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses, la question se posait de savoir si un tel testament fait dans de pareilles conditions était valable? La loi du domicile devait-elle

l'emporter sur la loi du lieu ou vice vers ? ou bien devait-on appliquer facultivement l'une ou l'autre de ces deux lois ? en un mot la loi du lieu était-elle obligatoire ou facultative ?

Bien que cela puisse paraître invraisemblable, les auteurs du xvi^e siècle semblent avoir complètement ignoré la question, comme, du reste, leurs devanciers de l'école italienne.

Tiraqueau et Dumoulin formulent nettement que la forme des actes doit être réglée par la loi du lieu sans préciser le caractère de la loi, et pas plus que Bartole ou Balde ils ne distinguent entre le testament privé et le testament authentique. Voici comment Dumoulin (1) s'exprimait dans ses « conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus » :

« Prima conclusio : aut statutum loquitur de his quæ concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus, et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci ubi actus celebratur, sive in contractibus, sive in judiciis, sive in testamentis... ita quod testamentum factum coram duobus testibus in locis ubi non requiritur major solemnitas valet ubique ». Ainsi la loi à suivre c'est toujours la loi du lieu où l'acte s'accomplit ; qu'il s'agisse de contrats, de jugements, de

(1) Voici ce que disait ailleurs Dumoulin sur ce même sujet : « Est omnium doctorum sententiæ ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma actus ligari etiam exteros ibi actum illum gerentes » (Const. 53, t. II, p. 965).

testaments, mais quant à savoir quel caractère avait cette « *consuetudo vel statutum loci* », on ne peut émettre que des hypothèses. Nous croyons qu'il y avait obligation de se conformer à la *lex loci* étant donnés les termes employés par Dumoulin et les auteurs que nous citerons par la suite ; étant donné aussi la jurisprudence, et enfin une lettre M. le Lieutenant général de Camus (1), du 1^{er} mars 1704, dans laquelle Louis XIV décida que les anglais venus en France à la suite de Jacques II pourraient, *par faveur spéciale*, tester à propos de leurs biens dans la forme « *comme ils le pratiquent en Angleterre* ».

Cela n'est pas sans nous étonner quelque peu vu que la règle *locus regis actum* nous vient de l'école italienne qui, semble-t-il, l'avait conçue facultativement (2).

Comment expliquer un pareil changement ? On ne saurait prétendre trouver la raison certaine car le revirement a été plus l'œuvre du temps que des législateurs, nous n'émettrons donc que des suppositions ? Et d'abord a-t-il été conscient ? On pourrait le soutenir en se basant sur l'idée de réalité des coutumes. « Les coutumes sont réelles » dit Loysel dans ses *institutes* coutumières et cette réalité semble bien imposer

(1) Cette lettre est rappelée par Boullenois dans son *Traité de la réalité et de la personnalité des Coutumes*, t. I, p. 633.

(2) Lainé. *Introduction au Droit international privé*.

l'obligation de se conformer à la loi du lieu. Cependant¹, sans écarter absolument cette explication, nous ne la croyons pas prépondérante.

L'idée même que la volonté d'un individu puisse décider de l'application de telle ou telle coutume, idée qui domine la thèse, qui considère la règle *locus* comme facultative, cette idée là aurait certainement paru extraordinaire dans notre ancien droit : l'individu ne devait pas choisir mais obéir aux prescriptions de la coutume qui préside à la confection d'un acte. Nous croyons plus volontiers qu'il faut voir là un effet de la puissance quasi-mystérieuse des formules. On a commencé par dire : un acte juridique quelconque sera valable quand la forme observée sera celle du lieu de confection, on a dit alors *locus regis actum* ; puis quand les praticiens se sont trouvés dans la suite en présence de cette formule, ils l'ont traduite et c'était fatal, par : la forme des actes est réglée par la loi du lieu où ils sont faits. Et ainsi toute difficulté relative à la forme des actes aurait dû disparaître : c'est ce qui advint pour les actes publics : on déclara notamment que les testaments authentiques devaient être conformes à la loi du lieu où ils auraient été faits ; ceci n'est plus controversé maintenant. Mais du jour où l'on distingua les testaments olographes, actes purement privés, des autres testaments, alors les difficultés apparurent : non pas, remarquons-le bien, qu'on se soit demandé si la *lex loci* était faculta-

tive pour cette catégorie de testament : car la règle *locus* est considérée comme obligatoire, c'est là un dogme certain.

La question s'est posée sous une autre forme, et cela pour éviter la règle établie en matière de testament public. On s'est demandé si le testament olographe était un acte formel et comme tel devait être rangé dans le statut réel relatif aux formes, ou bien si l'on ne devait pas le considérer plutôt comme une faculté attachée à la personne et le ranger dans le statut personnel : statut réel ! c'était l'application de la *lex loci actus* ; statut personnel au contraire, c'était la *lex domicilii*. Il faut voir dans cette façon de procéder le résultat de l'importance considérable qu'avait prise dans notre droit la théorie des statuts, et le désir pour certains auteurs d'éviter la règle *locus* et ses conséquences injustifiées.

L'opinion prédominante, celle qui réunit la majorité des auteurs, assimile le testament sous-seing privé au testament authentique pour solutionner les conflits de lois : il ne doit y avoir qu'une seule et unique règle en la matière ; la règle *locus regis actum* ; c'est le système qui devait l'emporter dans la pratique et que nous retrouverons plus loin en étudiant notre ancienne jurisprudence. Et d'abord c'est l'opinion de Pothier (1). Dans son *Traité des donations testamen-*

(1) Pothier. *Traité des donations testamentaires*, t. VII, p. 223.

taires, cet éminent jurisconsulte se pose la question suivante : Doit-on suivre la loi du domicile du testateur ou celle du lieu où le testament olographe a été écrit ? Il examine les deux systèmes et après avoir fait observer que dans la pratique c'est la loi du lieu qui est appliquée, il cite un arrêt du 14 juillet 1722 rapporté au 3^e volume du *Journal des Audiences* (1) qui a déclaré nul un testament olographe fait en Italie.

Voici comment raisonne Pothier :

« On dit au contraire, pour la coutume du lieu où le testament olographe a été passé, que c'est mal à propos qu'on restreint aux actes reçus par personnes publiques la règle qui décide que les formes des actes se règlent par la loi du lieu où ils sont passés, que cette règle doit avoir lieu à l'égard de tous les actes sujets à quelques formes, soit qu'ils soient faits par des personnes publiques, soit qu'ils soient faits par des particuliers, et par conséquent doit avoir lieu à l'égard des testaments olographes qui ne sont pas simplement, comme on le dit, des testaments dispensés de formes, mais des testaments d'une forme particulière ; l'obligation imposée au testateur de les écrire en entier de sa propre main, de les dater et signer, étant une véritable forme. »

On pourrait citer encore plus anciennement Cujas (2),

(1) *Journal des audiences*, liv. v, ch. 31.

(2) Cujas. *Consultations*, 36 ; — Ch. Dumoulin, *Consultations*, 53.

contentons-nous de rappeler ce qu'écrivait M^e Auzanet sous l'article 289 de la Coutume de Paris : « Si le testament n'est accompagné des formalités requises par les loi et coutume du lieu où il a été fait, il doit être déclaré nul, encore qu'il ait toutes les formalités observées au lieu où les biens sont situés. »

Mais ces derniers auteurs ne se sont point occupés du testament sous-seing privé en particulier, sans doute ils ne l'ignoraient point, étant donné que le testament olographe était très répandu et que notamment M^e Auzanet écrivait sous l'article 289 qui l'établissait dans la Coutume de Paris ; ils se sont contentés de rester dans la généralité, assimilant les formes privées aux formes publiques. Il nous paraît plus conforme à notre sujet de nous étendre plus particulièrement à propos des auteurs qui ont eu principalement en vue le testament olographe et parmi ceux-ci nous citerons Furgole, Charondas le Caron et de Ferrière.

Furgole, avocat au Parlement de Toulouse, est l'auteur d'un important *Traité sur les testaments*, il y examine justement la question de savoir si un individu domicilié en pays de droit coutumier pourrait faire en pays de droit écrit un testament olographe en faveur des collatéraux et des étrangers. Le problème était particulièrement intéressant après l'ordonnance du mois d'août 1735 et étant donné les opinions de Ricard et Bouhier que Furgole critique en les croyant basées sur la confusion de deux

choses (1) : « Il est vrai, dit-il, que la capacité personnelle de tester dépend de la coutume du domicile du testateur qui, en la réglant, affecte pour ainsi dire la personne et la suit partout parce que « *quotiescumque de capacitate authabilitate personarum quæritur, domicilii leges et statuta spectantur* » suivant Bartole et les autres docteurs sur la loi *cunctos populos*. Mais il n'est point vrai qu'un testateur domicilié, par exemple, dans la Coutume de Paris reçoive de cette coutume le pouvoir et le caractère de disposer par testament olographe, pour l'exercer dans un lieu « où cette formalité du testament n'est autorisée qu'en faveur des enfants et descendants ; cette coutume ne pouvant avoir d'empire à cet égard que dans son district, parce qu'il ne s'agit pas de la capacité de tester en général, mais de la capacité de tester en une certaine forme, qui dépend nécessairement de la coutume du lieu où le testament est fait : *quand on dispose dans un lieu, il faut nécessairement remplir la formalité requise dans ce lieu afin que le testament soit valable.* » — On ne saurait mieux affirmer le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum*. — « Et par la même raison, lorsqu'on a rempli la formalité requise dans le lieu, le testament est bon partout ailleurs, même dans les lieux où la coutume exige de plus grandes solennités. C'est par cette maxime reçue par tous les

(1) Furgole, t. I^{er}, ch. 2, sect. II.

auteurs et par la jurisprudence des arrêts des Cours supérieures, que cette difficulté doit être résolue et non par la considération si le testateur peut lui seul et sans le ministère de quelqu'autre personne rédiger sa disposition olographe. » Ensuite Furgole argumente en se basant sur l'ordonnance d'août 1735 dont l'article 19 déclare que « l'usage des testaments, codicilles et autres dernières dispositions olographes, continuera d'avoir lieu *dans les pays et dans les cas* où ils ont été admis jusqu'à présent. » Et voici comment raisonne cet auteur : l'ordonnance emploie textuellement les mots « dans les pays », c'est donc qu'il y a entre le testament olographe et le lieu où il est fait une relation étroite entraînant l'application de la *lex loci*, c'est donc que la faculté de faire un testament olographe dans les lieux où il n'a pas été admis, n'existe pas, l'ordonnance ne se préoccupant du reste en rien du domicile du testateur. Tout cela constitue une argumentation subtile qui n'en est pas moins exacte. Elle peut encore s'appliquer à l'article 32 de la même ordonnance où il s'agit de ceux qui ne sont ni officiers, ni engagés dans les armées, mais qui accompagnent les troupes pour leur fournir des vivres et munitions, il y est dit que ceux-là peuvent aussi tester militairement et parmi les formes du testament militaire, employer celle du testament olographe de l'article 29. Or un article 39 décide (1) : « Les testa-

(1) Voir Sallé, dans son ouvrage sur *l'Esprit des ordonnances et des principaux édits et déclarations de Louis XV.*

ments, codicilles et autres dispositions à cause de mort mentionnés dans l'article précédent, demeureront nuls, six mois après que celui qui les aura faits, sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire, *si ce n'est qu'ils fussent faits dans les formes qui sont requises de droit commun, dans le lieu où ils auront été faits.* »

Ainsi s'exprime le rédacteur de l'ordonnance de 1735 sans se préoccuper un seul instant si le testateur est domicilié dans un pays exigeant certaines formalités particulières, admettant ou non le testament olographe. Mais laissons la parole à Furgole : « Si donc le testament olographe qui se trouve fait par les personnes qui rendent service dans les armées, dans un lieu où cette forme de disposer est reçue par le droit commun du lieu, doit valoir partout, même dans les six mois, sans examiner si le testateur a son domicile dans un pays de droit écrit, ou dans un pays coutumier. »

On pourrait ajouter encore cette autre argumentation tirée de l'art. 37 au sujet des testaments en cas de peste auquel cas on autorise l'emploi du testament olographe même dans les pays de droit écrit. En voici la teneur, art. 37 : « Les testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort, mentionnés dans les quatres articles précédents, demeureront nuls six mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le testateur se trouvera, ou qu'il aura passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit,

si ce n'est qu'on eut observé dans lesdits actes, les formes requises de droit commun dans le lieu où ils auront été faits. »

Le même raisonnement que Furgole avait fait ci-dessus aurait pu textuellement s'appliquer ici. En résumé il semble bien résulter de l'étude de l'ordonnance de 1735 que le principe fondamental en matière de testament olographe ou authentique est que celui qui a été rédigé conformément à la loi du lieu de confection est inattaquable, mais que par exception, en cas d'épidémie, ou par faveur pour les militaires on reconnaît comme valable pendant une certaine période le testament fait dans des formes prévues par l'ordonnance non conformes à celles du lieu où l'acte a été rédigé.

De la loi du domicile du testateur, on ne s'en préoccupe pas un seul instant, son nom n'est même pas prononcé : n'est-ce point la preuve éclatante que la loi du lieu est celle qui régit la forme des actes et qu'elle seule doit s'appliquer sauf les exceptions prévues dans l'ordonnance.

D'autres auteurs ont examiné la question aux trois points de vue de la loi du lieu, de la loi du domicile, et de la loi de la situation des biens. D'après eux la loi du lieu seule doit s'appliquer. En ce sens, citons : Charondas et de Ferrière.

Charondas le Caron, qui s'intitule lui-même jurisconsulte parisien, s'est occupé du problème dans un

traité de Pandectes (1). « Mais, écrit-il, à cause des diverses lois et coutumes qui sont tant au pays de droit écrit que coutumier, on demande pour la solennité et effet du testament, laquelle forme il convient de suivre : ou celle du lieu auquel le testateur fait son testament ou *celle du pays où les biens sont assis*, ou de l'origine de domicile ordinaire du testateur ? Je dirais en un mot qu'il faut suivre celle du lieu auquel le testateur fait son testament, parce qu'il lui est tanquam patria, pour la résidence qu'il y fait, encore qu'il ne fait que voyager et passer... Celui donc qui teste en la ville de Paris selon la solennité du droit d'icelle, peut bien disposer de ses biens assis au pays de droit écrit, selon qu'il lui est permis par la loi d'icelui, encore qu'il n'ait observé la forme prescrite par le droit dudit pays... » Et l'auteur de citer en ce sens un certain nombre d'arrêts dans lesquels il est fait application de la *lex loci*, mais sans distinguer le testament privé du testament authentique il rejette la *lex rei situs*, sans nous dire toutefois si un testament conforme à cette dernière pourrait être valable dans certains cas ou bien si la *lex loci* est obligatoire, ce qui paraît plus probable.

De Ferrière (2), avocat au Parlement de Paris, a lui aussi envisagé la loi de la situation des biens en

(1) Charondas Le Câron. *Pandectes*, liv. III, chap. 1.

(2) De Ferrière. *Corps et compilation de tous les Commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*.

même temps que celle du domicile et celle du lieu, et lui aussi rejette l'application de la *lex rei situs*, mais sa grande préoccupation est avant tout de rattacher les solutions qu'il donne à celles rapportées par les auteurs italiens. Il conclut ainsi : « La forme des testaments est réelle et attachée au lieu où le testament se passe, ainsi on ne considère point le domicile de celui qui le fait, ni le domicile de celui au profit duquel il est fait, *ni la situation des biens du testateur*, mais seulement la coutume qui s'observe dans le lieu où le testament est fait. . . » Cependant l'auteur reconnaît qu'il n'en est ainsi qu'autant que la *lex rei situs* ne s'y oppose point. « Il faut tester, dit-il, selon les formes du lieu où l'on teste, mais ces dispositions prennent leur force dans les coutumes des lieux où les choses sont assises, car les coutumes sont réelles à cet égard. » C'est exactement ce que dit Loysel (1).

Nous venons de voir l'opinion la plus répandue, celle qui réunit le plus grand nombre d'auteurs et qui devait être consacrée par la pratique. Elle avait pour elle l'avantage de pouvoir se traduire dans une formule d'apparence simple et de paraître conforme à la tradition. Cependant de violentes critiques ne devaient pas

(1) Loysel. *Institutes coutumières au titre des testaments*, règle 3^e et 4^e : « Il faut tester selon les formes du lieu où l'on teste ; mais ces dispositions prennent leur force par les coutumes des lieux où les choses sont assises, car les coutumes sont réelles. »

tarder à s'élever contre elle à propos du testament sous-seing privé lorsque trop souvent elle aboutissait à la nullité d'une disposition rédigée en cette forme. Or, la simplicité du testament olographe, et par suite, sa commodité, le secret de ses dispositions, l'empressement avec lequel il avait été accueilli en pays coutumier, tout contribuait à le répandre, allait-on opposer à sa validité des raisons purement extérieures, une formule qui avait été imaginée du reste pour une toute autre catégorie de testament ? N'aboutissait-on pas dans certains cas à de véritables iniquités ? Le fait suivant s'était présenté. Un commerçant domicilié à Paris est surpris par la maladie dans un voyage à Bordeaux, il teste olographement et meurt, son testament est déclaré nul : *locus regit actum*. De là la pensée toute naturelle chez certains auteurs de soustraire le testament sous-seing privé à l'application de cette règle. Ils ont tenté de le faire de deux façons différentes. Dans l'une ils ont dit : le testament olographe est un testament sans forme et par suite il échappe à toute règle relative à la forme des actes, la formule : *locus regit actum* lui est étrangère. Il y avait là en réalité plutôt un argument d'avocat qu'une opinion d'auteur : on la trouve dans un savant plaidoyer de Talon, à la suite duquel intervint en ce sens un arrêt célèbre du dernier avril 1625. Il y était dit « que les coutumes ont prescrit les formalitez des testaments solennels, mais qu'elles n'en ont point prescrit pour les ologra-

phes : qu'en effet, ces sortes de testament ne désirent aucunes formalitez ». Et les partisans de ce système de signaler deux autres arrêts, l'un du 25 juin 1612, l'autre du mois d'août 1661, qui ont jugé qu'il n'était pas nécessaire de mettre une date aux testaments olographes et enfin l'arrêt célèbre de Pavant du 28 juin 1678, déclarant qu'il était inutile de marquer le lieu où le testament olographe avait été fait « par la raison qu'il n'est point sujet à aucune solennité ». Et l'on fait remarquer que cette jurisprudence est incompatible avec l'idée que les testaments olographes doivent être soumis à la loi du lieu où ils sont faits.

Cette opinion fit l'objet de justes critiques de la part de Boullenois (1), nous les verrons formulées plus loin. Mais il est un autre système et d'une toute autre importance qui devait apparaître avec Ricard, dans le *Don mutuel* et être reprise par Bouhier (Coutume de Bourgogne) et Bœrius (Coutume du Berry) (2). Il consiste essentiellement à dire que le testament olographe est bien un testament formel mais d'une nature toute particulière, qu'il n'a aucune relation avec le lieu dans lequel il est fait et que par conséquent on ne peut lui appliquer la *lex loci actus*. D'après ce même sys-

(1) Boullenois. *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* t. II, p. 73 et s.

(2) Citons encore Prevot de la Jannés, conseiller au Présidial d'Orléans, qui déclare nettement dans ses *Principes de la jurisprudence française* que pour les actes privés, il ne s'agit que d'appliquer ces règles établies par le statut personnel.

tème tout son contenu et sa forme émanent de la personne du testateur et la seule question qui se pose est de savoir si le testateur pouvait ou non user d'un tel testament; c'est une question de capacité, c'est donc la loi du domicile qui doit s'appliquer, suivant notre méthode. Nous ne saurions mieux développer cette opinion qu'en donnant successivement la parole à Ricard et à Bouhier.

Selon Ricard (1), le principe en matière de solennité des actes est bien l'application de la maxime *locus regit actum*, mais il est une exception considérable en ce qui concerne le testament olographe. « J'estime toutefois, dit-il, que cette maxime, qui en général ne reçoit aucune difficulté dans notre usage, doit être limitée dans l'espèce du testament olographe, d'autant que le testateur en est le seul ministre, et le caractère qu'il a pour cet effet étant attaché et inhérent à sa personne, il l'emprunte seulement de la coutume, qui a empire sur lui, qui est celle de son domicile; et comme c'est une faculté personnelle qui ne peut se détacher de lui, il la porte en quelque endroit qu'il aille, et elle l'accompagne en quelque lieu qu'il se trouve, aussi bien que la faculté de tester qui lui est donnée par la loi de son pays et qu'il n'avait pas par la coutume du lieu où il se rencontre. » — Et Ricard en tire ces deux conséquences logiques, c'est d'abord qu'un

(1) Ricard. *Du don mutuel*, ch. 7.

testament olographe fait en pays de droit écrit pour une personne domiciliée dans un pays de la Coutume de Paris, par exemple, est pleinement valable, et ensuite que le même testament fait pour une personne domiciliée en pays de droit écrit et rédigé à Paris, sera entièrement nul. La faculté de faire un testament olographe tient à la capacité des personnes. Cela est très rationnel et se justifie encore par cette considération : « Joint qu'autrement une personne de pays de droit écrit ayant été une fois pendant sa vie dans les provinces coutumières, il serait en sa liberté de faire fraude aux lois de son pays en antidatant sa disposition, les écritures privées n'ayant pas de date ni de lieu certain ».

Cette opinion est entièrement partagée par Bouhier (1), il en adopte toute l'argumentation : « J'ajoute une autre raison que j'ai touché ci-dessus, dit-il. Dans la règle étroite qui était suivie par les anciens docteurs, il faudrait que chacun fit son testament selon la loi de sa patrie, quoiqu'il se trouvât dans un pays étranger. Si le contraire a prévalu, c'est parce qu'on a trouvé de grands inconvénients à obliger un testateur d'observer des formalités, qui pourraient être inconnues aux officiers qui recevraient leurs dispositions. Ainsi l'utilité pratique l'a emporté sur la règle. Mais ce motif ne

(1) Bouhier. *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, ch. 28.

pouvait avoir lieu au cas dont il s'agit, nous retombons dans la règle dont je viens de parler ».

Le raisonnement est simple : le testament olographe ne nécessite aucune intervention d'officiers publics, le testateur est « seul ministre » donc aucune raison d'appliquer la loi du lieu. C'est ce que répète Denisart (1) dans sa « Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence », il va même jusqu'à dire que c'est un point de jurisprudence qui est constant. Ce qui n'est pas sans nous étonner quelque peu surtout lorsque nous aurons vu, à la fin de ce chapitre, dans une étude attentive de la jurisprudence ancienne, que cette dernière a toujours appliqué la règle *locus regit actum*, à tous les testaments y compris le testament olographe. A la vérité, Denisart s'est laissé entraîner à une affirmation qui n'est contrôlée par aucun fait ; tout au plus, pouvons-nous trouver dans les recueils de jurisprudence ancienne, un seul acte de notoriété qui semble confirmer l'opinion de Denisart (1). Nous nous empressons de le signaler (2) tout

(1) Denisart. « Remarquez que, lorsqu'on teste devant notaires, on doit sans difficulté suivre la loi du lieu où l'on dispose, mais quand on fait un testament olographe, comme le testateur est son ministre à lui-même, c'est la loi de son domicile qui en règle la forme d'où il suit qu'un homme domicilié dans un pays où le testament olographe est autorisé, peut en faire un dans les lieux mêmes où cette forme n'est pas reçue. C'est un point de jurisprudence qui est constant. »

(2) L'acte de notoriété dont il s'agit émane du Parquet d'Aix, du 14 juin 1719, il y est dit : « qu'un testament olographe fait par un Provençal hors de sa province ne serait valable sur les biens de Provence, que pour les dispositions faites en faveur des enfants. »

en mettant en garde le lecteur contre la prétendue valeur pratique de tels actes ; nous en verrons du reste bien d'autres qui sont en pleine contradiction avec ce dernier.

Voilà, en résumé, les deux grandes opinions entre lesquelles se partageaient nos anciens auteurs : d'une part Pothier, Dumoulin, Furgole, disant que la seule loi applicable aux testaments olographes devait être toujours et seulement la loi du lieu, d'autre part, Ricard, Bouhier, Denisart, proclamant au contraire que seule la loi du domicile devait être compétente en la matière. Entre ces deux opinions également opposées et excessives, il y avait place pour une troisième cherchant par un moyen terme à les concilier. Ce fut là le rôle assigné à Boullenois (1), mais il convient de dire toute de suite que son opinion isolée ne devait jamais jouer aucun rôle dans l'interprétation juridique et qu'elle demeura certainement inconnue des rédacteurs du Code civil. Néanmoins, comme nous faisons un historique et rien qu'un historique dans ce chapitre, cet auteur y a sa place toute indiquée.

Après avoir nettement posé le problème, Boullenois établit que le testament olographe est bien un testament formel, du moins tel qu'il est conçu dans l'article 289 de la Coutume de Paris et à ce titre de

(2) Boullenois. *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 73 et s.

testament solennel, il paraît bien soumis à la maxime *locus regit actum*.

Cependant il ne rejette pas pour cela le système de Ricard : « nonobstant toutes les réflexions que je viens de faire, dit-il, contre l'avis de Ricard, je ne puis m'empêcher de l'embrasser et de le suivre... Qui ne sent qu'un droit, une prérogative qui rend la même personne agent, ministre et témoin tout à la fois, est attaché et inhérent en la personne ; que cette faculté lui est personnelle et personnalissime ; que c'est un droit qui l'affecte intimement, dont il ne peut pas plus se détacher que de lui-même et qui, par conséquent, le suit et l'accompagne partout dans toutes les coutumes même prohibitives. »

Toutefois, quoiqu'il en dise, Boullenois n'est pas satisfait, et il cherche à concilier et l'opinion de Ricard, et les principes contenus dans les coutumes. « Ainsi ne pourrait-on pas dire avec Ricard que celui qui est domicilié dans l'étendue de la Prévôté de Paris, pourrait, en quelque endroit qu'il teste, tester par la voie du testament olographe, et cela pour lui conserver effectivement ce droit qui semble être attaché à la personne ? mais aussi ne pourrait-on encore admettre que l'étranger qui se trouve même par hasard à Paris, ou dans une coutume semblable, pourra tester par testament olographe. »

En juxtaposant ainsi les deux opinions en présence, Boullenois rétablissait en réalité la règle *locus regit*

actum telle qu'elle avait été conçue de prime abord, c'est-à-dire comme purement facultative. Mais il importe de bien remarquer les termes employés par Boullenois : « Ne pourrait-on pas dire... ne pourrait-on pas admettre... » Il avance son système comme quelque chose de nouveau, qu'il serait bon d'introduire dans la coutume, mais qui ne s'y trouve pas présentement. Il fait une simple proposition qu'il considère même comme en désaccord avec l'art. 289 de la Coutume de Paris et assez contraire » aux règles austères de la logique (1).

Résumons. La doctrine de nos anciens auteurs, après avoir abandonné la *lex rei situs* comme solution de conflits en matière de forme des testaments, se trouve divisée en deux opinions bien distinctes : dans

(1) Tout autre est le langage tenu par Brillouin dans son *Dictionnaire des arrêts* et qu'il convient de rapprocher ici : « Tous nos livres, dit-il, sont remplis d'arrêts ; Chopin, Maynard... qui ont confirmé des testaments faits en pays étrangers, quoique la loi du domicile requière d'autres formalités : *pro more hospitatis pagi in quo decubuerat æger, tametsi longe alia testamenti solemnia postulare lex domicilii*, comme parle Chopin, ce qui a été favorablement décidé pour l'intérêt des testateurs, pour assurer l'effet et l'exécution de leurs dernières volontés, parce que les notaires ne sont pas obligés de savoir toutes les formalités de chaque pays et qu'il suffit qu'ils sachent celles du lieu où ils font leur résidence. Voilà le vrai et presque seul effet de cette maxime « *spectandum esse loci cujusque consuetudinem ubi de solemnitate actus agitur*. » C'est en détourner le sens et le bon usage que de s'en prévaloir contre la validité des testaments. »

l'une la maxime *locus regit actum* doit régir toute la matière aussi bien vis-à-vis des testaments authentiques que des testaments sous-seings privés; dans l'autre on distingue ces deux sortes de testaments, aux premiers on applique sans difficulté la règle *locus*, aux testaments olographes la loi du domicile du testateur et cela à cause de la nature même de ces testaments. Entre ces deux opinions nous en avons vu poindre une autre timide et isolée, elle n'a point eu d'écho en France. Reste à savoir quel devait être le système qui devait triompher dans la pratique, c'est ce que nous allons voir en parcourant la jurisprudence de l'ancien droit.

Jurisprudence de l'ancien droit français

Cette jurisprudence est remarquable à plusieurs égards : et d'abord parce qu'elle nous fait pénétrer dans la pratique et l'application des coutumes, ensuite parce qu'elle présente en la matière une véritable unité, enfin parce qu'elle s'est continuée sans changement jusqu'à nos jours. Comme dans l'étude de la doctrine on observe avant tout un fait très important, c'est qu'au début et même assez longtemps après la rédaction des coutumes, les arrêts rapportés dans les recueils sur les conflits de formes en matière de testament, ne distinguent pas le testament olographe des autres testaments. Comme nous ne pouvons croire

que les conflits se soient seulement présentés au sujet des seuls testaments authentiques, et comme, d'autre part, la forme olographe était très répandue, il ne nous reste qu'une hypothèse à envisager, c'est que la même règle s'appliquait à la fois aux testaments olographes et aux testaments publics et cette règle était la fameuse maxime *locus regit actum*.

L'un des premiers, Charondas le Caron (1), dans ses *Pandectes*, déclare que la forme à suivre est celle du lieu où le testateur fait son testament parce qu'il lui est *tanquam patria* et il cite à l'appui de son opinion toute une série d'arrêts dont l'un assez important au sujet du testament d'un sieur de Saint-André rendu le 8 mai 1573, puis il cite des arrêts du 30 mai 1566 de la Saint-Martin 1502, enfin du 28 mai 1558. Et cela sans établir une distinction pour le testament olographe fort en faveur cependant dans la Coutume de Paris.

Nous dirons de même du recueil de *de Ferrière*, qui, après avoir rappelé l'opinion de Loysel, apporte un nombre considérable d'arrêts dont les principaux sont du 14 août 1574, 21 mars 1609, 29 janvier 1626, 17 février 1657, etc. . . . , tous appliquant uniformément la *lex loci*.

Le recueil de Lucien Soefve (2), ancien avocat au

(1) Charondas Le Caron. *Pandectes*, liv. III, ch. 1^{er}.

(2) Lucien Soefve. *Nouveau recueil d'arrêt*, centuries 2, ch. 44

Parlement de Paris, contient un chapitre ainsi intitulé : « Qu'un testament fait suivant la coutume ou les statuts du lieu dans lequel il a été passé est partout valable. » Il y est dit que « le mardi 26 juillet 1661 a été jugé à l'audience de la Grand'Chambre, qu'un testament fait à Paris selon les formes prescrites par la coutume était valable pour les biens qui appartenaient au testateur situés dans les pays de droit écrit. » On y trouve encore un autre jugement rendu en la Grand'Chambre le 16 février 1657 confirmatif du testament de César de Belleperche, jeune gentilhomme du pays de Maconnais, lequel étant page du marquis d'Uxelle tomba malade en la ville de Paris et fit au profit de sa mère un testament conforme à la Coutume de Paris, sur tous ses biens situés en Maconnais. Soëfve cite encore un ancien arrêt rendu en robes rouges le dernier mai 1566 et il termine en disant : « Bref c'est une maxime, qu'en ce qui concerne la forme et la solennité du testament, on observe la coutume du lieu où il est passé, bien que le testateur n'y fut pas domicilié. »

Le premier arrêt distinguant nettement le testament olographe des autres formes de testament nous est rapporté par Furgole : c'est un arrêt du Parlement de Paris du 15 janvier 1615 qui décide qu'un testament olographe fait par un individu domicilié à Paris, mais rédigé dans la ville de Douai où cette forme n'était pas reçue, n'était pas valable. C'était

déclarer clairement que la maxime *locus* s'appliquait à la forme de tous les testaments, y compris le testament olographe, c'était écarter par là même toute application de la loi du domicile et cela était décidé par le tribunal même de ce domicile. Cette jurisprudence se maintint sans interruption jusqu'à nos jours. Le premier arrêt précité fut confirmé peu après par un autre arrêt du 10 mars 1620, qui maintenait une sentence rendue par le Châtelet. Il s'agissait dans l'espèce d'un nommé Gilbert Audras, bourgeois de Paris qui, en voyage à Bruxelles, y avait fait un testament contenu dans une lettre missive et y était mort. Ce testament fut annulé par le Châtelet de Paris. Appel fut fait au Parlement et Merlin rapporte un passage entier de l'arrêt dont il a l'expédition (1).

Si cet arrêt ne mentionne pas la règle *locus regit actum*, il n'en est pas moins une application remarquable : pas de testament olographe possible là où la coutume ne l'admet pas ; obligation de se conformer à la loi du lieu ; la loi du domicile est indifférente ; telles en sont les conclusions.

(1) Merlin, Répertoire, sect. II, § 4, art. 2 au mot testament : « Leferou pour les héritiers dit que la disposition prétendue dans la missive est nulle, tant par le statut et ordonnance des archiducs où il est décédé, qui n'admettent les testaments olographes, sinon du père au fils, que pour n'avoir gardé les formes du droit écrit pour le testament et codicille... notre Cour a mis et met l'appelation à néant, ordonne que ce dont est appel sortira son effet... »
Donné au Parlement le 10 mars 1620. »

Il resterait une conséquence à tirer de ce système, c'était la possibilité de faire un testament olographe là où il est admis, par un individu dont le statut personnel ne l'admet pas. Ce corollaire du principe se trouve tout entier dans un acte de notorité du Châtelet de Paris, du 13 septembre 1702, dans lequel « les officiers du Châtelet, ceux du Parquet, les avocats et les procureurs déposent unanimement, qu'une personne domiciliée en pays de droit civil, peut étant à Paris, faire un testament olographe, qui vaudra pour les biens situés dans le lieu de son domicile et partout ailleurs ; et qu'au contraire une personne domiciliée à Paris, si elle fait un testament écrit et signé de sa main, dans le pays de droit civil, ce testament sera nul et ne peut être exécuté à Paris, ni ailleurs, si la coutume de la province où il a fait son testament, n'autorise pas les testaments olographes ».

On ne saurait mieux poser le caractère réel et obligatoire des coutumes en matière de forme des testaments. Il devait s'affirmer d'une manière éclatante dans un arrêt célèbre rendu en la Grand'Chambre du Parlement de Paris ; mais auparavant signalons un arrêt du 21 janvier 1720 qui prouve que l'on ne faisait pas d'exception en faveur des militaires (1).

Il est un procès beaucoup plus connu, que l'on

(1) Il s'agissait, dans l'espèce, d'un sieur Arros d'Argelos, prisonnier de guerre à Ulm, en Allemagne, où l'on suit le droit écrit. Il y mourut laissant un testament olographe qui fut déclaré nul.

retrouve dans tous les recueils et qui eut à son époque un grand retentissement, procès au cours duquel il semble bien qu'on formula pour la première fois dans sa forme actuelle la maxime *locus regit actum*. L'arrêt fut rendu en la Grand'Chambre du Parlement de Paris le 15 janvier 1721. Il s'agissait du testament de M. de Pommereu, gouverneur de la ville de Douai, testament fait selon la forme olographe de la Coutume de Paris où il avait conservé son domicile. L'avocat général Gilbert des Voisins avait conclu à la nullité en se fondant sur l'obligation de se conformer à la loi du lieu. « Il est souvent nécessaire, dit-il, de prendre conseil sur la forme lorsqu'on fait un testament : ceux à qui on peut s'adresser, au lieu où l'on est, ignorent ordinairement les formes d'un autre pays. . . Et comme il est à propos que les formes soient certaines, *on n'a pas même laissé à l'étranger le choix entre celles de son pays et celles du lieu où il se trouve* ». C'est proclamer d'une façon claire et nette le caractère obligatoire de la maxime *locus*. « C'est que, dit encore Gilbert des Voisins, le testament a un rapport naturel à divers lieux où il est nécessaire que sa forme soit probante, et qu'il faut qu'il ait son exécution, soit au domicile du testateur, pour le mobilier, soit en autant de lieux qu'il y a d'immeubles sous différentes lois. On a considéré que toutes ces lois, et du domicile, et de la situation des biens, avaient souvent des dispositions toutes différentes sur la forme, et qu'il n'était pas pos-

sible que le testateur accomplit en même temps toutes ces formes opposées, il a fallu se fixer à une seule, et celle du lieu où l'acte se fait est la plus convenable. Les nations en sont convenues et elles vivent aujourd'hui sur la foi de cette règle ».

Brillon qui rapporte le procès dans son *Dictionnaire des Arrêts* termine ainsi en disant : « l'arrêt du 15 janvier 1721, qui casse le testament, a pour motif la règle *locus regit actum*. Cet arrêt est remarquable ».

La même Chambre, sur les mêmes conclusions du même avocat général, cassa l'année suivante, le 14 juillet 1722, pour la même raison, un testament olographe fait par un Français dans un lieu proche de Crémone (Italie) où il mourut. Enfin cette jurisprudence n'était pas propre au Parlement de Paris, Furgoie cite un arrêt du Parlement de Toulouse du 10 février 1734 qui valide un testament olographe fait à Paris, par un domicilié à Montpellier, pays de droit écrit.

Ainsi voilà une jurisprudence bien établie, au nord comme au midi, en pays de coutume comme en pays de droit écrit une seule règle : la règle *locus*.

Qu'importe les différentes coutumes qui peuvent se trouver en conflit, du domicile du testateur ou de la situation des biens légués, une seule coutume doit s'appliquer à la forme des testaments authentiques ou olographes, et cette coutume est celle du lieu de confection de l'acte.

A cette même époque apparaît l'ordonnance de 1735 ; on sait quel fut son but : fixer en la matière les principes qui flottaient dans les coutumes et non pas chercher à généraliser le testament olographe comme avait tenté de le faire l'ordonnance de 1656.

Elle maintient ce testament olographe tel qu'il existait dans les pays coutumiers et pour les pays de droit écrit elle l'admet dans 3 cas : 1° en faveur des enfants et des descendants ; 2° dans les dispositions faites *jure militari* ; 3° pour les testaments en temps de peste dans les pays infestés.

Une pareille ordonnance n'était pas faite pour supprimer les conflits, aussi devaient-ils se présenter avec le même caractère qu'auparavant et être résolus de la même façon. Nous avons vu plus haut comment Furgole puisait dans cette même ordonnance des arguments pour démontrer que la loi applicable à la forme des actes était bien la loi du lieu où le testament a été fait.

Ce fut aussi l'avis du Parlement de Paris dans un arrêt qu'il rendit quelques années après et qui nous est rapporté dans la *Gazette des Tribunaux* du 15 juillet 1777 (1).

(1) Merlin. Répertoire, au mot « testament », sect. II, § 4, art. 2. Voici l'espèce : L'évêque de Valence, Milon, avait institué l'hôpital de cette ville comme légataire universel par testament olographe. Les héritiers de sang en demandèrent la nullité. La *Gazette des Tribunaux* s'exprime ainsi : « Un des principaux moyens de nullité

La jurisprudence ancienne était donc maintenue, après l'ordonnance comme avant, rien n'était changé : la loi du lieu demeurait la seule applicable, mais comment connaître le lieu de confection ? fallait-il qu'il fut mentionné dans le testament lui-même ? la jurisprudence déclara que non et qu'il suffisait que le testament fut daté des jours, mois et an, c'est ce que décide un arrêt rendu en la Grand'Chambre du 14 juillet 1749 considérant comme « bon et valable » un testament olographe qui ne contenait pas la mention du lieu. La raison ? Boullenois la voit dans ce fait fort simple que d'après lui, ce n'est pas la loi du lieu mais la loi du domicile qui donne la capacité de tester par testament olographe. Mais ce n'est pas là l'opinion de la majorité des auteurs et entr'autres de Merlin. « Cet argument, dit-il, n'est pas décisif, car de ce que les testaments olographes ne doivent pas être datés du lieu où ils se font, il ne résulte pas nécessairement que leur forme soit indépendante de la loi de ce lieu ;

allégués par la dame Desfrancs, fut de dire que le testateur était domicilié en pays de droit écrit, où les testaments olographes ne sont valables que lorsqu'ils sont faits par des ascendants en faveur de leurs descendants, suivant les dispositions de l'ordonnance des testaments.... On a répondu, pour l'hôpital de Valence, que le testament de l'évêque de Valence avait été fait et déposé à Paris, où les testaments olographes sont permis, et qu'il était de principe que la forme des actes dépendait du lieu où ils avaient été passés : *locus regit actum*. La validité du testament fut prononcée par le Châtelet, le 30 décembre 1772, puis par la Grand'Chambre du Parlement.»

et pour déterminer les juges en faveur des parties auxquelles ces arrêts ont donné gain de cause, il a pu suffire qu'il n'y eut point de loi romaine ni française qui prescrivît la date du lieu dans les actes sous-seings privés. »

Donc application de la maxime *locus regit actum*, aucune nécessité de mentionner le lieu de confection dans le testament.

Le Droit Intermédiaire ne devait apporter aucune modification à cet état de choses. Plus préoccupés du côté politique de la question des testaments et successions que du côté juridique, les législateurs révolutionnaire omirent toute la matière de droit international. Aussi, fait remarquable, la jurisprudence de la Révolution fut la continuation, sans aucun changement, de toute cette vieille jurisprudence de notre ancien droit. Nous nous bornerons donc, pour la forme, à ne citer que deux arrêts du Tribunal de Cassation. Le premier est du 28 prairial an XIII. Il s'agissait du testament olographe d'un individu, membre de la Convention nationale et qui était domicilié à Béziers où le testament olographe n'était pas permis sauf exception. Ce testament avait été fait dans la conciergerie du Palais de justice à Paris, où il était détenu, il y reconnaissait une fille adultérine et lui léguait tout ce dont la loi lui permettait de disposer. La validité fut prononcée par le Tribunal de District de Béziers et le Tribunal d'appel de Montpellier et enfin par le Tribunal de Cassation.

« Considérant que l'arrêt n'a violé aucune loi en déclarant valable ce testament, quoique fait en forme olographe dans une conciergerie et en faveur d'un enfant adultérin, *puisque la Coutume de Paris où l'arrêt décide qu'il fut fait, autorisait cette forme de disposition* et qu'aucune loi n'attachait à la simple détention dans une conciergerie l'incapacité de tester. »

L'autre décision du Tribunal de Cassation est en sens inverse, elle intervint le 20 février 1806, confirmant une décision du Tribunal d'appel de Paris qui annulait le testament olographe d'un parisien fait à Bordeaux. Remarquons pour finir que cet arrêt fut rendu après la promulgation du Code civil.

CONCLUSION

Quelle conclusion devons-nous tirer de cet historique ? une seule, semble-t-il, c'est que tout notre ancien droit en la matière a été dominé par une règle, mal comprise peut-être mais qui n'en a pas eu pour cela une influence moins grande ni moins déterminante : la règle *locus regit actum* conçue comme purement impérative. Sans doute cette maxime ne s'est point établie sans heurts ni sans critiques, quelques-unes même furent fort sérieuses mais les systèmes qui ont été proposés pour se substituer à elle ont tous échoué. La règle s'établit dès le xvi^e siècle en France avec Dumoulin et Loysel,

elle y a le même caractère obligatoire jusqu'à la rédaction du Code. En vain au ^{xvii}^e siècle Ricard et ses disciples lui livrèrent-ils assaut, en vain une partie de la doctrine hollandaise sembla-t-elle se détacher du système au ^{xviii}^e siècle, son triomphe est complet, et Pothier et la pratique le consacrent définitivement. La jurisprudence est remarquable à ce point de vue, du ^{xvi}^e au ^{xx}^e siècle, durant 400 ans, après les bourrasques de la Révolution et la rédaction du Code, devant les Parlements comme devant nos Cours d'appel, elle est demeurée fidèle à ce principe qu'elle considère comme supérieur : *locus regit actum*. Nous pouvons ne pas approuver, nous ne pouvons pas ne pas nous étonner d'une pareille continuité.

Cependant cette conclusion, qui nous apparaît comme inéluctable n'a pas été admise par tous les auteurs M. Duguit (1) notamment, partant de l'art. 999 C. civil et de l'interprétation qu'il lui donne, en recherche tout naturellement la source dans l'ancien droit et pour lui l'ancien droit se résume à la doctrine de Ricard et Bouhier ; des autres auteurs il fait table rase ainsi que de toute la jurisprudence.

Toutes autres aussi sont les conclusions d'un auteur moderne considérable (2) d'après lequel on doit faire

(1) Selon cet auteur, l'art. 999 établit la loi nationale du testateur pour trancher seule les conflits de lois relatifs aux formes du testament sous-seing privé.

(2) Lainé. *Introduction au Droit international privé*, et Darras, 1907.

abstraction de la doctrine française qui s'est laissée entraîner par une règle faussement interprétée. Il ne nie pas le système de la doctrine française tel que nous l'avons exposé, il nie son influence et sa valeur interprétative. La véritable tradition, celle qui doit nous expliquer les textes ambigus du Code se trouverait toute entière dans la doctrine hollandaise de Rodenburgh et de Jean Voet, jurisconsultes du xvii^e siècle. Tous deux admettent l'application de la règle *locus* mais à un titre purement subsidiaire. Qu'on n'aille pas dire avec M. Albéric Rolin (1) que la doctrine hollandaise importe peu, que c'est l'ancien droit français qu'il faut consulter. L'auteur mis en cause a répondu à l'objection en déclarant que Jean Voet dégagea nettement ses idées de la doctrine hollandaise et que comme Rodenburgh il appartient à l'école française : « il fut, dit-il, disciple de d'Argentré et pour notre Boullenois un maître... » Nous pouvons bien l'admettre nous aussi, mais cela ne prouve pas, ce qui serait important, que ces idées furent celles qui présidèrent à la confection de notre Code ; bien au contraire, nous savons que les idées de d'Argentré furent condamnées irrémédiablement dès l'époque de Dumoulin et que en ce qui concerne Boullenois il fut complètement ignoré du législateur

(1) Albéric Rolin, professeur à l'Université de Gand. *Principes de Droit international privé*, t. II.

de 1804. Comment n'en aurait-il pas été de même de Rodenburgh et de Jean Voet, jurisconsultes étrangers.

Nous concluons donc que pour bien connaître l'esprit de notre législation il faut avoir recours à la tradition et à la tradition française principalement, que celle-ci émane de la pratique jurisprudentielle beaucoup plus que de la doctrine des auteurs, car c'est cette jurisprudence que les législateurs de 1804, éminents praticiens, ont surtout connu et parce que c'est elle enfin qui est le reflet des idées et de la vie juridique d'un pays.

CHAPITRE II

LA LOI DU LIEU ET LE TESTAMENT SOUS-SEING PRIVÉ

La règle : « *Locus regit actum* »

La matière est toute entière, dominée par la fameuse règle *locus regit actum*. Nous avons vu, dans notre exposé historique, quel rôle elle a joué dans notre ancien droit ; nous allons voir quel fut son sort lors de la rédaction du Code civil, quelle interprétation lui donner dans l'art. 999, quelle place elle occupe dans les législations étrangères, quel est son avenir en droit international privé ?

La règle *locus regit actum*, telle qu'on la formule ordinairement, dénote par sa terminologie même, *actum* au lieu d'*instrumentum* qui serait plus correct, une origine assez récente (1). On considère qu'elle a été formulée pour la première fois par la jurisprudence française du XVIII^e siècle. Mais le fond même de la règle, abstraction faite de la forme, c'est-à-dire la

(1) Enfin, le mot « locus » sans autre désignation a paru bien vague à certains auteurs qui ont proposé comme formule correcte du statut instrumentaire la suivante : « locus actus regit instrumentum ».

validité de l'acte passé conformément à la loi locale, remonte beaucoup plus loin à Bartole (1) et à ses contemporains, croyons-nous avec M. Lainé, et sur toute cette question d'histoire de la règle nous ne saurions mieux faire que de renvoyer au savant ouvrage de cet auteur sur *l'Introduction au droit international privé*.

La règle fut conçue de prime abord, cela est certain, dans une forme purement facultative, c'est-à-dire qu'on permettait, mais qu'on n'exigeait pas l'emploi de la forme usitée par la loi du lieu de rédaction et l'on permettait afin de faciliter l'exercice d'un droit qui, par suite de l'ignorance du statut personnel chez son auteur, aurait pu aboutir à une véritable impossibilité. Cette faveur, car c'était une faveur, apparut justement à propos du testament, mais du testament public : le statut de Venise est contraire au droit commun de l'Empire en ce sens qu'il exigeait pour la confection du testament un moins grand nombre de témoins, ce statut est-il applicable aux étrangers ? Et Bartole répondait affirmativement en se basant d'abord sur une raison de texte, ensuite en déclarant purement et simplement que les solennités d'un testament doivent être placées dans la compétence de la loi du lieu où le testament est fait. D'autre part, Balde, son disciple, reconnaissait également la validité d'un

(1) Bartole (1314-1357).

testament rédigé à l'étranger, selon le statut personnel du testateur. En un mot l'application de la loi du lieu était une faveur et une faveur ne saurait être, en aucune façon, obligatoire.

Le xvi^e siècle, en France, connut la règle, mais dans un esprit bien différent, elle fut conçue comme impérative aussi bien en jurisprudence que dans la majorité de la doctrine ; une seule chose fut seulement discutée : si la faculté de tester dans la forme olographe tenait à la capacité ou à la forme. Mais la forme des actes apparaissait comme régie obligatoirement par la loi du lieu. La raison ? nous l'avons cherchée, puissance des formules et ignorance de leur origine ? territorialité des coutumes ? On ne peut faire que des hypothèses tandis qu'il y a un fait certain, c'est l'obligation de se conformer à la loi du lieu.

Cette conception est-elle demeurée de nos jours, a-t-elle traversé la période de droit révolutionnaire et s'est-elle fixée dans l'article 999 ? On l'a prétendu en se basant sur les travaux préparatoires du Code civil, tels qu'ils nous ont été rapportés par Fenet ou Locré ; mais il est bon de faire remarquer que le système diamétralement opposé se base sur ces mêmes travaux ; et qu'un troisième tout différent n'a pas d'autres « arguments. « La règle *locus regit actum* n'existe « plus dans nos lois — dit un jugement du Tribunal « de Rouen du 22 juillet 1896 — le législateur a « clairement manifesté la volonté de l'exclure de

« nos lois. » Et d'autre part voici ce que la Cour de Paris déclarait le 2 décembre 1898 : « Il ressort des « travaux préparatoires du Code civil que la règle « *locus regit actum* n'a pas été abrogée... que son « application n'est point facultative pour les tribunaux, « mais doit être considérée comme d'ordre public. »

Enfin un auteur (1), rejetant ces deux conceptions des travaux préparatoires s'exprime ainsi : « Les travaux préparatoires n'autorisent pas à dire que l'observation de la maxime *locus regit actum* est obligatoire. Mais il y a plus, on y trouve de sérieuses raisons de croire que dans la pensée du législateur elle devait n'être que facultative. «

Ainsi trois systèmes se disputent les travaux préparatoires, l'un affirmant que la règle *locus* a été écartée définitivement, le second disant qu'elle existe à titre d'obligation, le troisième la déclarant purement facultative. Toute la controverse vient de ce que nous manquons de documents précis sur la matière et que toutes les hypothèses qu'on a pu émettre ont été affirmées comme des vérités révélées. Nous n'avons pas l'intention de refaire une étude complète des travaux préparatoires du Code civil, nous nous bornerons simplement à indiquer les solutions qui nous ont été suggérées par la lecture des différents ouvrages qui s'occupent de la matière.

(1) Lainé. *Revue de Droit international*, 1905, p. 469 ; — Dans le même sens, V. Weiss, *Manuel de Droit international privé*

Première question : la règle *locus regit actum* a-t-elle été rejetée par les rédacteurs du Code civil ?

L'affirmative et la négative ont été également soutenues et voici à propos de quels faits. Le projet de l'an VIII contenait dans le titre IV de son livre préliminaire un art. 6 ainsi conçu : « *La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés* ». C'était l'adoption pure et simple de la règle *locus* ; or cet article disparut à la suite d'une conférence de la section de législation du Tribunal avec la section de législation du Conseil d'Etat, et cela après avoir été adopté lors de la communication officielle qui fut la préface du vote du Code. Pourquoi cette disparition ? On se perd en conjectures et chacun de tirer du silence des travaux préparatoires des arguments favorables à sa thèse.

Peut-être pourrions-nous émettre l'hypothèse qui nous paraît le plus vraisemblable sans toutefois prétendre avoir atteint la certitude. Le meilleur moyen de nous guider est de recourir aux critiques qui ont été faites au Tribunat qui fut toujours nettement hostile au projet. C'est, croyons-nous, n'être pas trop audacieux que de supposer que c'est à raison de ces mêmes critiques que la Conférence se décida à retrancher l'article du Code.

Voici l'opinion du tribun Chazal (1) : « Cet article

(1) Fenet. *Travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, p. 74.

laisse d'abord à désirer une explication ? De quels pays entendez-vous nous parler ? Est-ce du pays de la République ? La forme des pays de la République, pour les actes qu'on y passera, sera sans doute une comme elle. S'il ne s'agit, ainsi qu'on l'expose et qu'on aurait dû l'exprimer avec plus de clarté, que des actes passés en pays étrangers, alors l'article n'est qu'une déclaration, une reconnaissance formelle du droit des gens, érigée en règle générale, *mais cette règle générale a, comme toutes les autres, ses exceptions dont il fallait l'accompagner et dont on n'a pu la séparer sans danger....* ».

Le tribun Costé (1) : « Ou cette disposition s'applique seulement à la France, ou en général à tous les pays. Si elle s'applique seulement à la France, elle est insignifiante et absolument sans objet, puisque la forme des actes est une dans l'étendue de la République. Si elle est applicable à tous les pays, elle exige tant de développements que, considérée isolément et telle qu'elle est présentée, elle est plus dangereuse qu'utile.... Dans quelle incertitude, dans quel embarras vont se trouver les juges et les parties en attendant la nouvelle loi qui établira plus clairement ces points importants. Car chacun donnera à cet article l'extension qui lui sera favorable, précisément à cause du vague qu'il contient.... » (1).

(1) Fenet Id., t. VI, p. 186.

De ces observations, et d'autres que nous ne reproduisons pas ici, il nous apparaît clairement que le législateur de 1804 n'a pas vu le sens exact ni la portée de la règle qu'il inscrivait dans son art. 5. Le sens il s'en serait aisément rapporté à l'ancien droit, la formule employée semble bien adopter le caractère impératif de la règle, mais la portée, les conséquences pratiques qu'il ne distinguait pas très nettement, lui ont paru redoutables, il aurait voulu moins de « vague », des « exceptions » peut-être à propos des actes sous-seings privés, en tous cas plus de précision et moins d'incertitude. Le fond même de la règle, il l'adopte, l'application de la loi de lieu n'est « qu'une reconnaissance formelle du droit des gens » mais c'est la rédaction qu'il critique à cause de sa généralité même. Nous en concluons deux choses : la première c'est que les rédacteurs du Code ont refusé nettement d'inscrire la règle *locus regit actum* à titre de principe général de droit international privé ; la seconde c'est qu'ils n'entendaient point exclure l'application de la *lex loci* à la forme des actes, les art. 47, 170, 999 en sont la preuve manifeste, mais qu'ils réservaient la possibilité d'écarter cette *lex loci* chaque fois que cela paraîtrait nécessaire et sans porter atteinte à un principe qui semblerait n'admettre aucune exception.

(1) V. aussi les critiques faites par Røederer au Conseil d'Etat Loqué, t. I, p. 40.

Quant à la deuxième question si la règle *locus*, en admettant qu'elle subsiste dans sa généralité, devait être conçue comme impérative ou facultative, la même difficulté apparaît. Jamais, remarquons-le bien, jamais au cours des débats elle n'a été posée en ces termes, les législateurs ont passé à côté continuellement mais sans l'apercevoir.

A la vérité les partisans de la *lex loci* facultative apportent à l'appui de leur thèse un passage du discours de Portalis (1), discours qu'il prononça à propos de l'exposé des motifs du titre préliminaire. Voici comment il justifiait l'art. 4.

« De nos jours, les hommes ne sont pas toujours dans le même lieu : les communications *commerciales et industrielles* entre les divers peuples sont multipliées et rapides ; il nous a paru nécessaire de *rassurer le commerce* en lui garantissant la validité des actes dans lesquels on s'était conformé aux formes reçues dans les divers pays où ces actes pouvaient avoir été faits et passés. Comme les dispositions des lois ne doivent jamais être éludées, nous avons prévu le cas d'une loi qui, par la crainte ou la prévoyance de certains abus, annule tous les actes faits dans certaines circonstances comme suspects de fraude ; et nous avons pensé que, dans ce cas, on ne peut être reçu à prouver que ces actes ne sont point frauduleux ; c'est l'hypothèse de

(1) Locré, t. 1, p. 417.

la déclaration de l'art. 1712 qui annule tous les transports faits dix jours *avant la faillite*. »

Ce texte n'est pas assez clair pour emporter notre conviction, il ne nous dit pas si l'acte passé contrairement à la loi locale sera nul ou valable, il déclare seulement que l'acte conforme à la *lex loci* sera valable ; ce qui est vrai, aussi bien lorsque la règle *locus* est conçue comme impérative que comme facultative. Enfin, Portalis n'a envisagé que le côté commercial, il semble avoir complètement oublié le côté civil, selon lui la règle est importante en vue des communications industrielles ou commerciales, pour rassurer le commerce, et en dernier lieu il fait allusion à la faillite.

Mais ce n'est pas le seul argument — ce qui prouve que le premier n'apparaît pas comme entièrement convainquant — sur lequel s'étaye la thèse de ceux qui prétendent que les rédacteurs du Code civil ont transformé l'ancien droit et ont rendu la *lex loci* simplement facultative. Ils examinent les termes même des applications de la règle contenue dans le projet de l'an VIII et qui ont été reproduites dans le Code civil et ils en concluent que ces termes n'ont rien d'impératif. Voici, du reste, l'article 167 au titre « Des donations entre vifs et du testament » qu'ils citent volontiers.

« Le Français, en pays étranger, peut faire une donation testamentaire sous-seing privé, en la forme

prescrite par la section 1^{re} du chapitre V du présent titre, à la charge que l'acte de présentation, de suscription ou de dépôt sera fait par un acte public et authentique en la forme usitée dans le lieu » (1).

Nous sommes d'accord, les expressions employées par l'art. 167 du projet de l'an VIII (2) : « Le Français peut faire » n'ont rien d'impératif. Mais que prouvent des termes employés si ce n'est bien souvent une mauvaise terminologie. C'est ce que nous allons démontrer en rapprochant l'art. 166 du même projet relatif au testament public et dont les termes ne sont pas plus impératifs.

« La donation testamentaire, faite par un Français en pays étranger, soit au profit de Français ou d'étrangers, par acte public et authentique, avec les formes usitées dans le lieu où elle est « *passée est valable.* »

La rédaction de ces deux articles 166 et 167 est tout à fait remarquable : l'article 166 relatif au testament public prévoit expressément et uniquement la conformité du testament authentique à la loi du lieu,

(1) Fenet, t. II, p. 301 et 302.

(2) Observons aussi que l'article 167 ne nous dit pas que le Français à l'étranger pourra faire un testament privé dans la forme usitée dans le lieu ou selon la forme française, il ne parle que de la forme prescrite par la section 1^{re} du chapitre V du présent titre. Sous cet aspect il apparaît bien comme le précurseur de notre article 999, lequel, lui aussi, ne prévoit que la forme olographe de l'article 970.

l'article 167, au contraire, qui vise le testament privé, ne s'occupe que de la loi nationale du Français et si elle fait allusion à la *lex loci*, c'est justement au sujet de l'acte de suscription ou de présentation pour lequel la loi exige le caractère public et authentique. Il y a là une correspondance qu'il faut souligner : acte public, *lex loci*, — acte sous seing privé, loi nationale. L'art. 999 du Code civil actuel ne dit pas autre chose.

« Un Français qui se trouvera en pays étranger,
« pourra faire ses dispositions testamentaires par acte
« sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en
« l'article 970, ou par acte authentique, avec les
« formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. »

Mais continuons l'étude du projet de l'an VIII, l'article 20 du titre des actes destinés à constater l'état civil disait : « Les actes de l'état civil des Français et des étrangers *font foi entière*, si ayant été reçus en pays étranger, ils ont été rédigés dans les formes qui y sont usitées » (1).

Cet article aussi emploie des termes qui ne semblent emporter aucune obligation de se conformer à la loi locale et cependant la loi nationale est inapplicable (2).

(1) Fenet, II, p. 16. Notre article 47 n'en est que la reproduction.

(2) A moins que l'on considère la faculté de tester devant le consul, selon la loi nationale, mais c'est une exception légale et rien qu'une exception, ce qui confirme la règle.

La thèse contraire pourrait s'appuyer tout aussi victorieusement ou tout aussi mal, selon nous, sur la formule employée par l'art. 5 du titre IV du livre préliminaire. Elle pourrait de même invoquer les paroles de certains législateurs, de Rœderer au Conseil d'Etat par exemple (1) ; elle pourrait surtout invoquer l'ancien droit et décider qu'à aucun moment il ne fut question de briser avec la tradition, que la loi du lieu fut seule proposée pour résoudre les conflits de lois relatifs à la forme des actes, qu'il n'est fait mention nulle part de la loi nationale ou de la loi de domicile à ce sujet.

Nous pourrions examiner aussi l'article 27 au titre « Du mariage » (2). Mais le raisonnement est le même, nous aboutirions aux mêmes résultats.

En résumé, et c'est la conclusion à laquelle nous aboutissons, les travaux préparatoires ne nous apportent aucun argument certain, ils sont sujets à autant de discussions que les textes mêmes du Code, pourquoi s'acharner à retrouver ce qui est introuvable : la pensée même du législateur de 1804. Nous avons

(1) Loqué, t. I, p. 400.

(2) Fenet, II, p. 41. « Le mariage contracté en pays étranger, entre Français, ou entre Français et étrangers, *peut* l'être suivant les formes usitées dans le lieu où il a été célébré. » L'article 170 actuel emploie les expressions : « Le mariage... *sera valable* s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé... etc. » Là encore aucune expression impliquant une obligation de se conformer à la loi du lieu.

des textes, fort peu malheureusement, servons-nous en et quant à leur interprétation, donnons-leur celle qui convient le mieux à la formule employée et aux conceptions nouvelles du droit international, il y aura là un moyen prétorien peut-être, mais en tous cas moins stérile que celui qui consiste à vouloir faire parler des muets.

Le Code civil a-t-il comblé toutes ces lacunes ? Nous l'avons déjà dit, on ne trouve nulle part la règle *locus regit actum* érigée en principe de droit international privé ; nous n'avons d'elle que trois applications dans les articles 47, 170, 999.

L'article 999 concerne spécialement notre matière, c'est à lui que nous devons nous attacher. On a voulu voir dans sa rédaction l'adoption définitive par le législateur de 1804 de la règle *locus* conçue comme purement facultative et voici comment on raisonne : la formule employée dans l'article 999 est purement énonciative, elle dit que le Français *pourra tester* à l'étranger dans la forme de l'article 970 ; mais elle ne nous dit pas qu'il *devra* tester ; il y a une nuance considérable, la loi établit une faculté, elle écarte l'obligation.

Cette argumentation ne nous émeut guère, elle n'aurait de valeur que si la phrase toute entière ne comportait aucune alternative, ce qui n'est pas en

(1) Weiss. *Traité de Droit international privé*, t. IV, p. 624 et s.

réalité. Le mot *pourra* employé dans la loi s'explique, selon nous, d'une façon très simple, l'article 999 veut dire et dit que le Français à l'étranger *pourra* choisir lorsqu'il testera *ou* la forme authentique en observant la loi du lieu *ou* la forme sous-seing privé en se conformant à sa loi nationale. Il y a donc une faculté, une option, elle porte non pas au sujet de l'observation de la loi locale ou de la loi nationale, mais à propos de la forme publique ou de la forme privée et l'article indique nettement quelle est la loi qui régit chacune de ces formes : forme publique ou authentique : *lex loci* ; forme privée ou olographe : loi nationale. « Pour nous, écrit encore M. Weiss, l'article 999 a voulu simplement rappeler le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, il a rappelé aux Français qui testent hors de France qu'ils ne sont pas astreints à l'observation des formes locales, que la loi dont ils relèvent par leur nationalité tient pour valable le testament qu'ils auraient rédigé dans la forme olographe française, il a entendu les rassurer sur l'efficacité des dispositions ainsi faites. »

Ainsi M. Weiss croit trouver dans l'analyse des intentions du législateur la confirmation de son opinion émise à propos de la rédaction de l'article 999 ; là encore nous nous voyons obligés de nous écarter des idées de l'éminent professeur. Nous avons vu l'esprit dans lequel s'était élaboré cet article du Code civil, c'était la raison d'être de notre historique, nous

avons passé en revue les idées émises par les rédacteurs du Code, or à aucun moment ils ne se sont posés la question si la règle *locus* était facultative ou obligatoire. Nous sommes donc forcés de remonter à l'ancien droit, et nous avons vu que le caractère obligatoire de la *lex loci* ne fut pas discuté, que l'opinion dissidente de Boullenois (1) demeura isolée et inconnue — M. Lainé lui-même le reconnaît formellement — La discussion portait seulement sur la question de savoir si le testament olographe devait être ou non soustrait à l'application de la *lex loci*.

Nous connaissons les opinions de Ricard et Bouhier réclamant formellement pour le testament privé l'application de la loi du domicile. Qu'y aurait-il d'invraisemblable à ce que les rédacteurs du Code, éminents praticiens et connaissant à fond l'ancien droit, aient entendu adopter les opinions très répandues de Ricard et Bouhier à propos du testament privé. Cette hypothèse (car, faute de documents, nous prétendons qu'on ne peut émettre que des hypothèses), concorde parfaitement avec la rédaction de l'article 999 et même, à l'examiner de près, nous croyons qu'il est impossible d'arriver à une autre conclusion que celle-ci : application rigoureuse de la *lex loci actus* lorsqu'il s'agit de testament authentique ; de la *lex domicilii*

(1) Nous nions de même l'influence qu'auraient eu, d'après M. Lainé, les deux Hollandais Rodenburgh et Voet, *Journal de Clunet*, 1906.

ou de la loi nationale pour le testament sous-seing privé. Vouloir faire dire autre chose à l'article 999 c'est ajouter à la loi, c'est faire œuvre de législateur et non de légiste.

L'article 999 est obscur et incomplet ; l'ancien droit et les travaux préparatoires ne nous apprennent rien d'absolument certain ; examinons donc la règle *locus regit actum* en elle-même, en pure logique, peut-être trouverons-nous ainsi une solution aux nombreuses questions qui se posent. La règle *locus* a-t-elle besoin d'être écrite pour exister ? Est-elle facultative ou obligatoire ? S'applique-t-elle au testament sous-seing privé, comme au testament authentique ? la loi nationale du testateur peut-elle prohiber l'application de la *lex loci*, et quel est l'effet de cette prohibition ? etc.

Toutes ces questions, nous prétendons les résoudre en recherchant les fondements même de la règle *locus* ; si elle est un principe de droit international privé ou une simple règle d'utilité pratique ?

I. — LA RÈGLE « LOCUS REGIT ACTUM » EST UN PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

C'est l'idée dominante de toute notre jurisprudence, c'est au nom de ce principe qu'elle annule notamment les testaments des étrangers faits en France selon les formes étrangères tandis qu'elle valide au contraire ceux faits selon la forme française. Mais d'ordinaire

les tribunaux se bornent à affirmer l'existence de la règle sans chercher à en établir le fondement. « Attendu que le principe *locus regit actum* s'applique aux testaments, que dès lors la forme en est régie par la loi du pays où le testateur a disposé... » Telle est la formule habituelle que l'on retrouve dans la majorité des arrêts. Cependant il n'est pas impossible de rechercher quelle conception une partie de la jurisprudence se fait de la règle *locus*, nous la trouvons notamment dans les conclusions d'un avocat général près la cour d'Orléans (1).

« La règle *locus regit actum* repose sur un principe de droit international : celui du consentement tacite de chaque nation à l'application de cette règle. »

1^o C'est-à-dire que l'on conçoit la règle comme une *coutume* générale, disons plus exactement internationale, basée sur le consentement exprès ou tacite des nations, coutume qu'on peut rejeter mais qui n'a pas besoin d'être formulée expressément pour dominer toute une législation.

C'est une vérité historiquement certaine, la règle *locus* s'est établie par l'usage et sans qu'il y ait jamais eu à son sujet de traité ou de conférence internationales : le fondement de la règle *locus* est la coutume.

Cette opinion a pour elle l'histoire et cette justification lui suffirait si la conception du droit n'avait pas changé : l'ancien droit reconnaissait comme source du droit la

(1) S. 1849.

coutume en droit interne comme en droit international, mais le droit moderne, depuis la rédaction du Code civil, ne connaît plus qu'une source du droit : la loi écrite. Peut-on donc concevoir un principe de droit international, purement coutumier, et ayant force de loi ? Poser la question c'est la résoudre ; la coutume, du moins en France, n'a plus aucune force légale, la Cour de cassation n'a pas à la connaître ; par conséquent si la règle *locus* n'est qu'une simple coutume, elle ne peut servir à suppléer ni à compléter les lacunes du Code ; on doit en écarter l'application toutes les fois qu'un texte de loi ne la contient pas d'une manière formelle (1).

2° Une autre opinion, que l'on retrouve aussi en jurisprudence, veut que l'application de la *lex loci* à la forme des actes soit conforme à *la nature des choses* ; elle se justifie comme l'application de la loi personnelle en matière de capacité, parce que c'est la seule raisonnablement applicable :

« Attendu qu'il est généralement admis comme droit international, que la forme des actes est essentiellement soumise aux lois du pays où ils sont passés ; que ce principe, *commandé par la seule force des choses*, est d'une application absolue et protège tous les actes quels qu'ils soient, publics et privés, pourvu que ceux-

(1) S. 1867, 1, 712.

ci ne laissent aucun doute sur le lieu où ils ont été faits. »

C'est encore l'opinion de la cour d'Orléans, qui déclarant récemment que c'est « un principe de législation supérieur et incontesté » (1) sous-entend la même idée qui fait dire à Laurent qu'il se justifie par la seule raison (2).

« La règle *locus regit actum*, déclare Rolin, aujourd'hui acceptée d'un consentement presque unanime, ne repose pas précisément sur l'ordre public de chaque nation, de la nation où un rapport juridique se forme : elle repose avant tout sur la compétence législative de chaque Etat telle qu'elle *découle de la raison et de la nature des choses*. »

Ainsi s'il fallait croire ces auteurs et cette jurisprudence, il y aurait entre un acte quelconque et le lieu de sa confection un lien tellement étroit que la raison se refuserait à concevoir l'application de toute autre loi que celle du lieu à la forme de l'acte : qui dirait forme des actes dirait *lex loci*.

La réfutation d'une pareille doctrine doit être recherchée dans la réponse à cette simple question : quel est le but et la raison d'être des formes en général, des formes du testament en particulier ?

(1) Clunet, 1904, p. 680.

(2) Dans le même sens, Demolombe, t. I^{er}, p. 123 ; — Rolin, *Principes*, I, p. 356 ; — Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 383 ; — Massé, *Droit commercial*, 3^e édit., 1874, p. 506.

M. Lâiné range avec raison les formes proprement dites d'un acte en trois catégories :

1° Les unes suppléent au défaut de capacité de certaines personnes ;

2° Les autres sont exigées dans un intérêt de publicité ;

3° Enfin les dernières servent : à manifester la volonté des parties, à protéger leur liberté, à conserver le souvenir de l'acte dont elles constitueront la preuve. Les premières appartiennent évidemment au statut personnel, les secondes au statut réel ; quant aux troisièmes, celles qui nous intéressent au point de vue du testament, la réponse n'est pas aussi simple ou du moins elle n'est pas unanimement la même chez tous les auteurs. Laurent, Demolombe, Rolin déclarent que l'application du statut réel découle de la nature des choses : protéger la liberté des parties, conserver le souvenir de l'acte, c'est de la compétence législative de chaque Etat, c'est quelque chose d'analogue aux lois de police et de sûreté qui protègent les individus comme personnes physiques et la loi du lieu est tout naturellement compétente. En édictant des formes protectrices ou conservatrices pour certains actes, le législateur n'a pas eu seulement en vue les actes passés par ses nationaux, mais encore tous ceux faits sur son territoire par des individus de nationalité quelconque. Les lois régissant les formes ne sont pas personnelles, mais réelles.

Ce n'est pas, à notre avis, aussi évident qu'on a bien voulu le dire et les raisons qui ont été rapportées par les auteurs qui en ont données (beaucoup en effet se sont contentés d'affirmer) sont loin d'être concluantes. C'est ainsi que Massé, reproduisant une très vieille opinion, dit que l'étranger devient, quant à ses actes, sujet temporaire de l'Etat dans lequel il agit, tout en restant soumis d'ailleurs, quant à sa personne, aux lois de son pays. C'est le principe de la soumission volontaire, principe qui a bien vieilli et n'a plus cours de nos jours. S'il était vrai et poussé à ses dernières conséquences, on ne voit pas pourquoi on ferait d'exceptions pour les questions personnelles, comme l'état et la capacité et l'aboutissant logique serait la territorialité absolue.

3° Une autre opinion nous est donnée par Merlin (1).

« Ce n'est point, par un simple motif de convenance qu'on a donné, par rapport à la forme probante des actes, la préférence à la loi du lieu où ils sont passés sur toutes les autres. En effet, les actes reçoivent l'être dans le lieu où ils sont passés. *C'est la loi de ce lieu qui leur donne la vie*, c'est elle par conséquent qui doit les affecter, les modifier, en régler la forme. »

Là encore il y a une pure affirmation : sans doute l'acte prend naissance au lieu de sa confection, mais

(1) Merlin. Répertoire, V. *Preuve*, sect. II, § 8, art. 1, n° 3.

cela ne prouve pas que ce soit lui qui lui donne la vie ; la loi qui donne la vie à un acte quelconque est la loi qui le régit et la question est justement de savoir si la loi qui le régit est la loi du lieu de confection (1).

4° En dernier lieu on a fait intervenir l'*ordre public* pour justifier l'obligation de se conformer à la loi locale. C'est ce que nous trouvons dans un arrêt du 2 décembre 1898 rendu par la Cour de Paris (2).

« Attendu que son application (entendez l'application de la règle *locus*) n'est pas facultative pour les tribunaux, mais doit être considérée comme d'*ordre public*. »

Ainsi la *lex loci*, loi de forme, comme la *lex loci* en matière de police et sûreté, intéresse l'ordre public. La même idée se retrouve chez M. Buzatti (3) qui estime que les lois relatives aux formes se rattachent à des considérations morales, d'intérêt politique ou

(1) D'autres auteurs, entr'autres Massé, t. I, p. 508, admettant les mêmes principes, distinguent selon que l'acte doit être exécuté dans le lieu où il est fait ou s'il doit être exécuté ailleurs. Si l'acte doit être exécuté dans le lieu où il est fait, la loi locale qui en assure l'exécution en règle nécessairement la forme qui est la condition de cette exécution. Si cet acte doit être exécuté à l'étranger, il suffira que les autorités étrangères trouvent l'acte conforme à leurs lois pour que cet acte doive être exécuté. La critique d'une pareille opinion est aisée car elle est la négation même de la règle *locus* et l'affirmation de la *lex fori* comme loi compétente.

(2) Clunet, 1899, p. 584.

(3) Buzatti, ch. 2, p. 51 et s,

économique dans le pays où elles ont été établies. Cependant cet auteur distingue :

« Notre ordre public, dit-il, n'est nullement intéressé à ce que les formes italiennes soient observées ou ne le soient pas dans les autres Etats ; mais il est intéressé à ce que des actes ne puissent s'accomplir valablement sur notre territoire, si ce n'est suivant nos formes. Il n'est point intéressé à ce qu'un Italien déclare valablement ses volontés dernières devant un magistrat en Allemagne, mais il l'est à ce qu'un étranger ne puisse faire valablement un testament authentique, dans notre pays que par devant notaire. »

A la vérité, M. Buzatti paraît bien distinguer entre le testament authentique et le testament privé, mais cela n'est pas certain en tous cas, la distinction serait peu rationnelle ; la règle *locus* envisagée en elle-même ne peut avoir qu'un aspect, elle est d'ordre public ou elle ne l'est pas ; qu'importe ses applications (1). Enfin la seconde distinction entre l'Italien à l'étranger ou l'étranger en Italie, n'est pas plus acceptable ; en transportant l'exemple en France, il est aussi indifférent à l'ordre public que l'étranger fasse un testament

(1) Cependant, tout en considérant la règle *locus* comme d'intérêt privé, l'ordre public peut être intéressé quant par exemple la forme authentique exigée pour la confection d'un acte confère la force exécutoire, mais alors ce n'est pas la règle *locus* qui est d'ordre public, mais la forme elle-même.

en France contrairement à la loi française, que si le Français teste à l'étranger selon la loi du lieu. Au fond les deux hypothèses sont absolument identiques et la raison se refuse à leur apporter une solution différente. Nous allons plus loin, supposons donc que les formes extrinsèques ou probantes d'un acte quelconque, du testament privé en particulier, soient d'ordre public, cet ordre public entraîne à l'étranger l'application de loi nationale, or la règle *locus* a justement pour but de l'écarter. Elle ne signifie pas seulement, en effet, que tout testament passé en France devra être conforme à la loi française, mais ainsi que le même acte fait à l'étranger sera régi par loi étrangère : une règle qui édicte l'application d'une loi étrangère ne peut pas être d'ordre public. Mais pourrait-on objecter, la loi française fait sienne la loi étrangère, grâce à la règle *locus* qui, étant une loi sur la forme des actes, serait elle-même à ce titre d'ordre public. Cette objection ne nous émeut guère, car elle aboutirait à dire, si elle était vraie, que l'ordre public français est intéressé à ce qu'on applique la loi anglaise, par exemple, ce qui est absurde.

La vérité est que l'ordre public est étranger à la règle *locus*. Sans doute les formes du testament privé ont pour but de protéger la libre indépendance du disposant, d'assurer la conservation et l'exécution de l'acte, d'en faire la preuve, etc., mais les formes exigées par les législations étrangères n'ont pas d'autre but ! en

quoi un étranger testant en France dans la forme exigée par sa loi nationale ferait-il un acte attentatoire à la morale, aux bonnes mœurs ou aux intérêts publics de l'Etat : en quoi les lois étrangères sur la forme du testament pourraient-elles porter atteinte aux intérêts de nos nationaux que les lois d'ordre public ont pour but de sauvegarder (1).

Il est vrai que les auteurs ne s'entendent guère sur la notion d'ordre public en droit international mais nous croyons qu'aucune des conceptions émises ne puisse aboutir à faire de la règle *locus* appliquée au testament privé une règle d'ordre public. En laissant de côté les difficultés relatives au criterium permettant de distinguer les dispositions qui sont d'ordre public de celles qui ne le sont pas. L'opinion la plus répandue distingue l'ordre public interne qui concerne les nationaux seulement de l'ordre public international qui s'impose à tous, aux nationaux comme aux étrangers : or si la règle *locus* était d'ordre public interne on ne comprendrait rien à l'art. 999 qui a justement pour but d'y déroger ; dira-t-on qu'elle est d'ordre public international, ce serait absurde car si l'on conçoit un principe qui soit d'ordre public interne sans être d'ordre public international, il est impossible de se faire une idée d'une loi qui serait d'ordre public international sans être d'ordre public interne car cela reviendrait à

(1) V. Naquet, *Clunet*, 1904, p. 58.

dire que ce qui est d'ordre public pour tous ne l'est pas pour les Français en particulier, qu'il y aurait un ordre public tout différent pour les nationaux et les étrangers (1).

Un éminent auteur, M. Bartin, a sur la notion d'ordre public une opinion toute originale. Suivant celle-ci, la règle *locus* ne serait pas en elle-même d'ordre public et ne pourrait pas l'être, car cette notion varie avec le développement géographique du droit international privé. Ainsi la règle serait vis-à-vis de certains pays d'ordre public et vis-à-vis d'autres d'intérêt privé.

« La règle de l'ordre public et la substitution qu'elle entraîne signifient, en effet, simplement pour nous que la loi normalement compétente diffère trop de la loi du juge saisi pour s'appliquer au rapport du droit litigieux. Elle permettrait quand la loi du juge saisi, ordonne ou défend, elle défendrait, quand la loi du juge saisi permet ; la loi du juge saisi prend sa place parce qu'elle n'est plus là pour opposer. Elle a juridiquement disparu, soit dans ses dispositions permissives, soit dans ses dispositions impératives ou prohibitives, et la loi du juge saisi remplit avec ses propres dispositions, quelle qu'en soit la nature, le vide qu'elle a laissé ».

(1) Bartin. *Revue de Droit international et de législation comparée*, année 1897, p. 385 et 613,

Ainsi, d'après M. Bartin l'effet principal de la notion d'ordre public serait d'entraîner une substitution ; la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère ; on considère la règle *locus regit actum* comme d'ordre public, c'est dans la plupart des hypothèses exclure la *lex fori* et appliquer la loi étrangère. Enfin l'ordre public ainsi compris aboutirait à exclure la règle *locus regit actum*, chaque fois que la *lex loci* normalement compétente présenterait une différence trop grande avec la *lex fori* alors non seulement la règle *locus regit actum* ne serait pas d'ordre public mais encore elle apparaîtrait comme contraire à l'ordre public (1).

Aussi sans prendre parti et quelle que soit la conception qu'on se fasse de la notion d'ordre public et du criterium adopté, il nous paraît impossible de ranger la règle *locus regit actum* parmi les règles d'ordre public, nous écartons ainsi l'argument le plus considérable des partisans de la *lex loci* impérative.

II. — LA RÈGLE « LOCUS » N'EST PAS UN PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Nous venons de passer en revue les principaux fon-

(1) Lire à ce sujet : « La règle *locus* et l'ordre public », de Despagnet. *Revue pratique du droit international*, p. 54 et suiv.

Cours de 3^e année, Lainé ; — Despaquet, *Clunet*, 1889, p. 5 ; — Fedozzi, *Clunet*, 1897, p. 69 ; — Ch. Brocher, *Clunet*, 1881, p. 7 ; — Pillet, *Clunet*, 1894, p. 736 ; — Surville, *Clunet*, 1889, p. 537 ; — Savigny, *Traité de Droit romain*, § 349, VIII, 35.

dements donnés à la règle *locus regit actum* considérée comme un principe supérieur du droit international privé et nous croyons les avoir réfutés. La doctrine à ce sujet a fait un revirement complet dans ces derniers temps, et ce revirement n'a pas été sans faire ressentir son contre-coup dans la jurisprudence (1).

La première brèche qui fut faite fut dans l'affirmation des auteurs aujourd'hui les plus nombreux, qui déclarèrent que la règle *locus* n'avait rien d'impératif et que bien au contraire, la *lex loci* devait être considérée comme une simple faculté. Or qu'est-ce qu'un principe qui exige l'application de la loi du lieu pour la validité d'un acte et qui par cela même sous-entend que l'acte conforme à la loi nationale du disposant sera valable tout de même. Cela est assez contradictoire et il faut avouer que la règle *locus regit actum* prise à la lettre ne contient pas tant de choses.

Enfin il n'y a pas une grande différence entre dire que le principe est l'application de la loi du lieu avec faculté d'appliquer la loi nationale et déclarer au contraire que le principe est la loi personnelle avec faculté d'appliquer la loi locale ; entre ces deux propositions, il n'y a qu'un pas à faire ; précédés déjà par quelques auteurs, nous le franchissons aisément. La loi nationale, selon nous, doit être la loi prépondérante ; la loi locale n'est que subsidiaire ; elle n'est qu'un ultimum

(1) Clunet, 1887, p. 57 ; 1899, p. 578 ; 1899, p. 595.

subsidium, une facilité plus grande en faveur du testament pour ne pas dresser des barrières artificielles à la faculté de tester.

La règle *locus regit actum* n'est pas un principe de Droit qui a théoriquement sa raison d'être ; *c'est une règle d'utilité pratique en ce qui concerne les actes privés*. Telle est la conclusion inéluctable, croyons-nous, à laquelle on aboutit, soit qu'on étudie le développement historique de la règle, comme l'a fait M. Lainé, soit qu'on veuille lui chercher un fondement rationnel comme nous avons essayé de le faire.

C'est l'opinion qui tend à prévaloir à l'heure actuelle.

Citons dans ce sens Duranton (1), Fœlix (2), Lainé (3), Despagnet (4), De Bar (5), Rolin (6), Haus (7), Picard (8), etc.

(1) Duranton, t. I, p. 56.

(2) Fœlix, t. I, p. 181.

(3) Lainé. *Revue de Droit international privé*, 1907.

(4) Despagnet. *Revue pratique de Droit international privé*, p. 53 la règle *locus* et l'ordre public. « Au fond, depuis Bartole qui, le premier, l'a nettement établie, la règle *locus* a été acceptée par les diverses législations pour un motif de nécessité. Si, en effet, il est indispensable que, pour assurer le maintien même de leur existence, leur conservation en un mot, les Etats n'acceptent pas sur leur territoire l'application d'une loi étrangère opposée à leur ordre public, il est non moins nécessaire que l'application absolue de cette idée n'aboutisse pas à rendre les relations internationales impossibles, ce qui détruirait le droit international lui-même... » p. 56.

(5) De Bar, Clunet, 1887, p. 698. « Il n'y a, dans l'acceptation de la règle *locus regit actum*, qu'une concession présumée faite par la législation du pays d'origine et la législation qui régit le fond de

Utilité. — Nécessité. — Ce sont les deux mots qui reviennent continuellement chez les auteurs que nous venons de citer ; ce sont ceux-là même qui expriment le mieux la raison d'être de la règle *locus regit actum* : *Nécessité*, lorsqu'il s'agit d'acte public ; *utilité*, lorsqu'il s'agit d'acte privé. Et, dès lors, la solution des questions relatives à la règle *locus* nous apparaît clairement : elle est obligatoire relativement aux actes publics, parce que cela est de nécessité pratique ; elle est facultative relativement aux actes privés, parce qu'elle n'est que d'utilité pratique.

C'est l'évidence même. La nécessité de se conformer à la loi du lieu en matière de testament public tient, en France, à l'impossibilité où se trouverait le Français à l'étranger, de tester en cette forme si des officiers publics de même compétence n'existaient pas en ce pays, ou ignoraient la forme française ou, en tous

l'affaire peut, par disposition formelle et expresse, exclure l'application de cette règle ; seulement comme elle est *d'une utilité énorme*, une bonne législation n'usera de cette faculté qu'en cas de besoin urgent. »

(6) Rolin. *Principes généraux du Droit international privé*, t. I, p. 356. « La règle *locus*, aujourd'hui acceptée d'un consentement presque unanime, ne repose pas précisément sur l'ordre public de chaque nation, de la nation où un rapport juridique se forme... elle repose également sur des considérations de nécessité et d'utilité commune aux divers Etats. »

(7) Haus. *Droit privé des étrangers en Belgique*, p. 83.

(8) Picard, avocat à la Cour de cass. de Belgique ; — Clunet, 1881, p. 664.

cas, n'avaient pas qualité pour procéder selon cette forme. (1)

L'utilité de se conformer à la loi locale, en matière de testament privé, tout en permettant de suivre la loi nationale, est tout aussi certaine ; c'est qu'il ne faut pas arbitrairement dresser des obstacles à la faculté de tester, mais bien au contraire faciliter une faculté qui tient au droit naturel des individus. Les formes, si simples fussent-elles, du testament sous-seing privé, peuvent être ignorées par un individu à l'étranger. Or, elles s'ont imposées à peine de nullité, à qui s'adressera-t-il pour rédiger ses dernières volontés ? A un homme de loi du pays étranger, mais celui-ci ne connaîtra, la plupart du temps, que la forme locale : permettre au national de tester à l'étranger conformément à la loi locale, c'est évidemment élargir sa faculté de tester.

Qu'est-ce donc alors que la fameuse règle *locus*, puisque ce n'est pas un principe de droit international privé ? La réponse est facile, à notre sens, c'est tout simplement une maxime, un brocart, élaboré sous le coup des besoins de la pratique par la jurisprudence ancienne, et qui n'a de valeur dans le droit écrit moderne que par son assimilation dans la législation écrite. Cette assimilation n'a pas toujours été sans

(1) Qu'on ne nous objecte pas le testament fait devant les consuls ; il y a là une exception formelle à l'application de la *lex loci*, exception que la loi prévoit expressément.

entraîner de profondes déformations de la règle ainsi conçue en théorie pure ; nous en avons un exemple dans notre Code civil. Cette assimilation n'a souvent pas été complète, les lacunes sont nombreuses à cet égard. Comment convient-il d'y suppléer ? C'est ce que nous examinerons plus tard.

Législations étrangères.

Elles peuvent se diviser en plusieurs catégories, en ce qui concerne la règle *locus regit actum*. Les unes la repoussent comme les législations américaines. Les autres l'admettent implicitement sans la formuler en termes généraux comme le fait notre Code civil ; d'autres lui consacrent un article spécial. Citons l'article 10 du Code néerlandais :

« La forme de tous les actes est réglée par la loi du pays ou du lieu où ils ont été passés. »

L'article 9 du Code italien :

« Les formes extrinsèques des actes entre vifs et ceux de dernière volonté suivent la loi du lieu où ils se font. »

Article 10 du Code de La Louisiane :

« La forme et les effets des actes publics ou privés se règlent par les lois et usages du pays dans lequel ces actes sont faits ou passés. »

On pourrait encore citer les Codes de certains cantons suisses, tels que ceux de Zurich, Berne, etc., enfin le projet de Code civil belge, le Code suisse des oblig., art. 823, le Code civil russe, art. 546, le Code portugais, art. 24, les Codes privés de Livonie, de l'Esthonie et de la Courlande, art. 36, le Code roumain, art. 2... enfin un certain nombre de Codes de l'Amérique du sud.

D'autres législations distinguent les actes privés des actes publics et n'appliquent la règle *locus* qu'à ces derniers. Tel est l'article 11 du Code espagnol :

« Les formes et les solennités des contrats, testaments et de tous les actes publics, se règlent d'après les lois du pays où ils sont faits. Quand les actes susdits sont faits à l'étranger par des agents consulaires... »

Enfin, certains pays consacrent un article spécial à la forme des testaments, comme notre article 999 et les articles 7 et 10 du projet de Code civil belge. Citons encore :

En Hongrie, la loi de 1876, art. 3 :

« Les testaments, conventions sur successions futures et donations à cause de mort, faites à l'étranger sont valables s'ils ont été faits dans les formes du pays étranger. »

Art. 732, Code espagnol :

« Les Espagnols pourront tester hors du territoire espagnol en se soumettant aux lois du pays où ils se trouvent.

« Ils pourront également tester en pleine mer, au cours d'un voyage, sur un navire étranger en se soumettant aux lois du pays auquel le navire appartient.

« Ils pourront encore faire un testament olographe, sans l'obligation de papier timbré, encore que cette forme de testament ne soit pas reconnue par les lois de ce pays. »

Art. 992 du Code néerlandais :

« Un Néerlandais qui se trouvera en pays étranger, ne pourra faire son testament que par acte authentique en observant les formes usitées dans le pays où cet acte sera passé. Cependant il pourra disposer par acte sous-seing privé dans la mesure déterminée ci-dessous par l'art. 982. »

Article 1965 du Code de Portugal :

« Le testament fait par un sujet non Portugais hors du Portugal, produira dans ce royaume son effet légal, même s'il s'agit de biens situés dans ce pays, si le testament satisfait aux dispositions légales du pays où il est passé. »

Article 855 du Code de Roumanie :

« Le Roumain qui se trouvera en pays étranger pourra faire son testament soit olographe, soit authentique dans les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. »

APPENDICE DU CHAPITRE II

DE LA PREUVE DU LIEU OU LE TESTAMENT A ÉTÉ FAIT

C'est une question préjudicielle à la question d'application de la loi du lieu aux formes du testament privé ; pour savoir quelle est la loi du lieu applicable, il faut connaître le lieu de confection du testament, or deux hypothèses sont à examiner : la première lorsque le testament ne contient aucune mention du lieu où il a été fait ; la seconde lorsque le testament indique expressément le lieu de confection.

1° Ce Testament ne contient aucune mention du lieu.

Peu importe, dira-t-on, si le Français a testé à l'étranger dans la forme olographe française ; l'article 999 le lui permet expressément et sans exiger la mention du lieu. C'est entendu mais la question est importante lorsque le Français teste à l'étranger selon la forme étrangère ou bien lorsqu'un étranger fait en France un testament conforme aux exigences de l'article 970. Prenons la première hypothèse : le Français fait un testament à l'étranger selon la forme locale, et pour

plus de précision raisonnons sur l'espèce qui s'est présentée au moins deux fois dans la pratique : un Français a testé en Angleterre selon les formes anglaises et la loi anglaise n'exige pas la mention du lieu. D'autre part que dit la loi française dans l'art. 999? elle déclare que le Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. La loi française n'exige donc que deux conditions : la première que le Français se trouve en pays étranger. La seconde qu'il se conforme exactement aux prescriptions de la loi étrangère ; or ce serait ajouter à la loi que d'exiger la mention de lieu ; cette troisième condition n'existe pas, on ne saurait la déclarer à peine de nullité. C'est ce qu'ont déclaré fort justement nos tribunaux. Il semble alors qu'il ne leur restait plus qu'à proclamer franchement le principe de la liberté de la preuve en la matière. Ils ont hésité dans la crainte peut-être de l'arbitraire des interprétations, et ils établirent un système mixte de preuve, assez conforme du reste à la jurisprudence en matière de testament : le système de la preuve résultant des énonciations mêmes du testament. Voici du reste l'espèce à propos de laquelle s'est élaborée la jurisprudence dont nous parlons : un Français, nommé de Bonneval, avait fait un testament en Angleterre conformément à la loi anglaise ; les héritiers du sang en demandèrent la nullité parce qu'il ne contenait

pas la mention du lieu. La Cour de Rouen (1) rejeta leur demande le 24 juillet 1840 : les héritiers se pourvurent alors en cassation en se fondant sur les moyens suivants : que le testament de M. de Bonneval n'est pas daté parce qu'il ne contient pas la mention du lieu où il a été passé ; que les tribunaux ne peuvent chercher ailleurs que dans la déclaration consignée dans l'acte lui-même la preuve que cet acte a été fait en France ou en pays étranger, parce que un acte quelconque, surtout un acte de dernière volonté, doit porter en lui-même la preuve de l'accomplissement des formalités et des conditions exigées pour sa validité.

C'est ce que la Cour de cassation n'osa pas contredire le 6 février 1843 (2) tout en confirmant l'arrêt de la Cour de Rouen.

« Attendu qu'à défaut de mention expresse du lieu dans lequel le testament du marquis de Bonneval a été fait, la Cour royale a dû rechercher quel avait été ce lieu, d'après les autres énonciations du testament ; que se livrant à cet examen, elle a déclaré trouver la preuve qu'il avait été fait à Londres. . . . »

« Attendu qu'en puisant ainsi les éléments de sa conviction dans le testament lui-même, la Cour royale a fait une saine appréciation des énonciations de l'acte et qu'en cela elle n'a, ni excédé ses pouvoirs, ni violé aucune loi. »

(1) S., 1843, 2, 249.

(2) S., 1843, 1, 240.

Cette jurisprudence s'est maintenue dans un arrêt du 28 juin 1868, rendu par la Cour de Paris et rapporté dans le *Journal des notaires* (1).

« Considérant que la loi anglaise n'exigeant pas dans un testament la mention du lieu où il a été fait, on ne saurait, sans ajouter aux prescriptions de cette loi, tenir la mention du lieu pour obligatoire et en faire dépendre la validité.

« Qu'il suffit, en pareille matière, que la preuve du lieu où le testament a été dressé soit obtenu à l'aide des énonciations de l'acte, et *conformément au principe qui veut que le testament trouve en lui-même la force propre à vivifier ses dispositions* ».

En réalité, cette jurisprudence est fort critiquable, à notre sens ; comment en effet retrouver dans un acte, à peine de nullité, la preuve d'un fait dont la constatation n'est pas exigée ? n'est-ce point une contradiction flagrante de déclarer d'une part, qu'un testament sera valable sans qu'il soit nécessaire de mentionner le lieu où il aura été fait et, d'autre part, d'annuler ce même testament parce que la preuve qu'il a été fait à l'étranger ne s'y trouve pas incluse : la jurisprudence s'en tire en violant les principes mêmes qu'elle pose dans ses considérants.

Elle accepte comme preuve de simples présomptions qui n'ont avec le fait à prouver qu'un lien bien relâché,

(1) *Journal des notaires*, n° 19736.

c'est ainsi qu'elle fait entrer dans ses considérations : la langue employée par le testateur, la nationalité des témoins, leur domicile, la situation des biens légués, la résidence du testateur..., etc., faits qui à eux tous ne peuvent pas être considérés comme une preuve certaine. N'eut-il pas été plus simple de déclarer que la loi n'exigeant pas la mention du lieu où le testament a été fait, la preuve pourrait se faire librement tant par titres que par témoins. Cela nous paraît être la solution rationnelle, qui ne viole en rien, faisons-le remarquer, les principes admis en matière de testament ; s'il en est autrement de la jurisprudence en matière de fausse date, de date erronée ou d'absence de date, c'est que la mention de la date est expressément exigée dans l'article 970. Enfin nous ne croyons inaugurer rien de nouveau, mais prolonger la jurisprudence qui admet la preuve par témoins en ce qui concerne la destruction ou le détournement d'un testament ainsi que le contenu du testament détruit ou détourné (1).

(1) La jurisprudence serait beaucoup moins critiquable si, comme le prétendent certains auteurs, la notion de date comprenait non seulement l'indication de l'époque mais encore celle du lieu : mais alors la question ne se poserait pas de la même manière et la solution donnée par nos tribunaux serait seule possible. La jurisprudence n'est pas dans ce sens et il a été jugé par des arrêts anciens que la mention du lieu où un acte est passé n'est pas un élément nécessaire de sa date (Nîmes, 20 janv. 1810 ; *Rej.*, 6 janv. 1816 ; — Bordeaux, 26 janv. 1829). En ce sens, Merlin, *répertoire*, V^o *Testam.*, sect. 2, § 1 ; — Coin-Delisle, n^o 29 ; — Duranton, t. IX, n^o 23 ; — Saleilles, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1907.

2° *Le testament contient la mention du lieu où il a été fai..*

Le problème qui se pose est alors celui-ci : quelle est la force probante de cette mention ? C'est simple, semble-t-il, cependant il faudrait peut-être distinguer selon que la loi exige ou n'exige pas cette mention.

Si la mention du lieu est exigée par la loi qui préside à la confection du testament, loi du lieu ou loi nationale du testateur, cette mention aura la même force probante que les autres mentions légales, à moins que la loi ne fasse exception pour elle.

Mais si cette mention n'est pas exigée et qu'elle s'y trouve néanmoins, dans le testament olographe de l'art. 970, par exemple, alors il semble bien que selon le droit commun elle ne fasse preuve par elle-même que jusqu'à preuve contraire.

Cela cependant a été controversé et en voici les raisons : une jurisprudence constante, en effet, déclare que le testament olographe, bien que simple acte sous signature privée, s'il est reconnu vrai, fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux ; et par analogie ou par identité selon certains auteurs, on a voulu étendre cette solution à la mention du lieu. Citons en ce sens deux arrêts, l'un du 25 août 1847 (1), l'autre du

(1) S., 1847, 1, 711.

11 juin 1881 (1). Ce dernier mérite qu'on s'y arrête : Un espagnol nommé Meras avait testé en la forme olographe en faveur de son épouse, le testament était ainsi conçu : « Fait et écrit de ma main, à mon domicile, rue Haute-Montaux, 32, à Marseille, le 10 juin 1874. »

Le Tribunal de Marseille, appelé à donner l'exequatur à un jugement d'un tribunal espagnol qui annulait le testament, le réforma en se basant sur la règle *locus* et voici ce qu'il déclara au cours de ses attendus :

« Attendu que *le testament olographe fait foi de sa date*, que la jurisprudence est unanime et constante à cet égard ; qu'il est donc certain, comme l'atteste le testament lui-même, que ce testament a été fait et écrit de sa main, à son domicile, rue Haute-Montaux, n° 32, à Marseille, le 10 juillet 1874. »

La Cour d'Aix confirma ce jugement.

Nous repoussons cette solution : cette jurisprudence semble estimer que la date comprend la mention du lieu ou bien elle nous paraît inexplicable. Or, à notre avis, la date ne situe un acte que dans le temps et non dans l'espace, autre chose est la date, autre chose est la mention du lieu (2) : on ne peut les assimiler. Dans ces

(1) S., 1883, et 2, 249, note de Labbé.

(2) Dans notre sens, il a été jugé que l'inscription de faux tendant à prouver qu'un testament olographe a été fait dans un autre lieu que celui que l'acte indique, est inadmissible : « Considérant

conditions nous refusons à la mention du lieu dans le testament sous-seing privé la force probante jusqu'à inscription de faux, les raisons qui l'ont fait admettre en matière de date lui sont inapplicables ; la mention du lieu ne fait preuve que selon le droit commun, c'est-à-dire jusqu'à preuve du contraire.

« que l'indication du lieu où un testament a été fait ne forme pas, « en droit, partie intégrante de la date de ce testament ; que, dès « lors, l'indication du lieu, fut-elle fausse, devient sans importance ». Bourges, 22 janvier 1842.

CHAPITRE III

LA LOI NATIONALE DU TESTATEUR ET LE TESTAMENT

SOUS-SEING PRIVÉ

Nous avons déjà rencontré la loi nationale du testateur à propos de la règle *locus regit actum* conçue comme simplement facultative, mais nous ne l'avons pas étudiée spécialement, la réservant pour ce chapitre même. Quel est le rôle de la loi nationale du testateur ? Que doit-il être à propos des formes du testament sous-seing privé ? Doit-il être exclusif de toute autre loi ou bien permettre l'application de la loi du lieu ? Son rôle doit-il être prépondérant ou simplement subsidiaire ? Telles sont les questions auxquelles nous allons nous efforcer de répondre.

Examinons d'abord les textes positifs, ou pour mieux dire l'unique texte, l'article 999, celui-là même que nous avons rencontré à propos de la loi du lieu. Il ne traite, nous l'avons vu, qu'une partie du problème : l'hypothèse du Français à l'étranger laissant toute entière l'hypothèse inverse de l'étranger en France. « Le Français qui se trouvera en pays étran-

« ger, dit l'article 999, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970 . . . » Ce texte, d'apparence si simple, a été le point de départ d'une infinité de systèmes aussi nombreux que contradictoires.

Pour les partisans de la règle *locus* impérative, pour Demolombe en particulier, il n'y a là qu'une exception en faveur des Français, exception qui ne change rien au principe de la règle et qui doit s'interpréter restrictivement.

Pour les partisans de la règle *locus* facultative, l'article 999 apparaît comme la consécration de leur système, l'application de la *lex loci* étant pour eux un principe incontesté qui n'a pas besoin d'être expressément formulé.

Enfin un troisième système ne manque pas de faire remarquer qu'il n'est nullement question de la loi du lieu dans l'article 999 à propos du testament sous-seing privé, que cette omission a été volontaire de la part du rédacteur du Code qui a voulu écarter la fameuse règle *locus regit actum*.

Nous proposerons quant à nous un quatrième système qui nous paraît préférable et en théorie et en pratique, tout en s'accordant parfaitement avec les textes positifs : ce serait celui qui poserait en principe l'application de la loi nationale et qui permettrait de suivre la loi locale à titre subsidiaire,

Nous ne discuterons pas très longuement sur les deux premiers systèmes que nous avons vus dans le chapitre précédent.

L'opinion qui voit dans l'article 999 une exception de faveur pour les Français est une opinion qui a bien vieilli et n'est plus guère soutenue ; elle est contraire à la façon même dont le législateur de 1804 a conçu le droit international privé dans le Code civil : il n'a parlé que des droits accordés aux Français en pays étranger, tout en reconnaissant les mêmes droits aux étrangers en France, mais sans le dire expressément pour ces derniers. Ainsi les articles 3 et 170 ne se sont point occupés des étrangers en France et cependant on ne fait aucune difficulté pour leur étendre ces textes ; au contraire, le Code s'occupe spécialement d'eux, chaque fois qu'il prétend les exclure de l'exercice d'un droit.

Enfin le système plus répandu de la règle *locus* simplement facultative, se basant tout entier sur l'article 999, nous est apparu de construction peu solide, contraire, semble-t-il, à l'histoire de notre ancien droit, sans aucune base dans les travaux préparatoires.

Reste un troisième système dont nous n'avons encore dit qu'un mot, celui qui déclare que le testament sous-seing privé doit être régi exclusivement quant à sa forme extrinsèque par la loi nationale du

testateur. Cette doctrine a trouvé en M. Duguit (1) son principal défenseur, elle a depuis été reprise pour partie par Charles Claro dans une annotation d'arrêt (2).

M. Duguit apporte à l'appui de sa thèse deux sortes d'arguments : un argument historique et un argument de texte. Nous croyons l'argument historique absolument faux, il consiste à rappeler la doctrine de Bouhier et Ricard et à en conclure que la doctrine de nos anciens auteurs était en ce qui concerne les testaments authentiques de suivre la loi personnelle de l'officier public qui les reçoit : loi qui est en principe la *lex loci actus*; et qu'à l'inverse les formes instrumentaires des testaments olographes qui sont des actes privés étaient toujours et exclusivement régis par la loi per-

(1) Duguit, *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, p. 41 et s., p. 137 et s.

(2) D., 899, 2, 177. Voici ce que dit M. Charles Claro :

« Il est difficile de nier, dit-il, que notre Code ne se présente
« comme l'aboutissant de la lutte séculaire entre le système de la
« territorialité et celui de la personnalité des lois et qu'il ne con-
« sacre le triomphe définitif de cette dernière théorie. L'art. 3 du
« C. civil limite d'une façon bien précise le domaine obligatoire de
« la loi territoriale. En laissant de côté les immeubles, qui bien
« entendu ne sauraient être régis par elle, cette loi ne s'impose que
« pour ce qui touche à l'ordre public et à la sûreté de l'Etat. Pour
« tout le reste, c'est la loi personnelle qui doit être appliquée. »

A la vérité, cet argument de texte n'est guère convainquant, on pourrait tenir le raisonnement exactement contraire en se basant sur le paragraphe 3 de l'article 3 et déclarer que seuls doivent être régis par la loi nationale l'état et la capacité des personnes.

sonnelle du testateur : la règle *locus regit actum* restant sans application à leur égard. Et M. Duguit dès lors ajoute : « C'est évidemment la solution que reproduit l'art. 999 du Code civil. »

Tout notre historique du début de notre thèse proteste contre cette façon de concevoir l'ancien droit en la matière : l'opinion de Ricard et Bouhier a été une opinion dissidente qui n'a pas été consacrée par notre ancienne jurisprudence. Toutefois, faisons-le remarquer, rien ne s'oppose à l'idée que les rédacteurs du Code civil n'aient point voulu briser avec la pratique ancienne et adopter les idées d'auteurs aussi connus que Ricard et Bouhier. Les travaux préparatoires ne nous fournissent aucun renseignement à cet égard, l'article 999 ayant en effet été adopté sans discussion par le Conseil d'Etat et le Tribunal.

Si nous repoussons l'idée de solution traditionnelle, il est une conclusion à laquelle nous nous rangeons volontiers, l'art. 999 nous paraît pleinement établir comme loi compétente et uniquement compétente la loi nationale du testateur. En vain objecterait-on à la thèse de M. Duguit l'art. 170 qui valide le mariage fait dans les formes de la loi locale, il prévoit l'objection. « L'art. 170, dit-il, a trait à des formes solennelles, l'art. 999 a trait à des formes instrumentaires ; « l'art. 170 est un acte exceptionnel, l'art. 999 contient une solution de droit commun ; aucun argument d'analogie ne peut donc être emprunté à l'un

« de ces textes pour interpréter l'autre. » La vérité, croyons-nous plutôt, est que l'un concerne un acte public : le mariage, l'autre un acte privé : le testament olographe.

Si ces deux arguments, mis en avant par M. Duguit étaient les seuls, peut-être n'entraîneraient-ils point notre conviction et serions-nous amenés comme cet auteur à cette conclusion, que l'application de la loi nationale du testateur est mauvaise en théorie et « que la doctrine rationnelle est l'application absolue de la règle *locus* aux formes du testament olographe. » Mais justement toute la question est là : la loi nationale du testateur régissant les formes du testament sous-seing privé ne s'appuie-t-elle que sur des arguments de texte ou bien trouve-t-elle en même temps sa force dans des fondements rationnels ?

Deux de nos anciens auteurs, Ricard et Bouhier, pour réagir contre l'étendue d'application et l'interprétation donnée à la règle *locus* déclarèrent que l'observation de la loi personnelle du testateur s'imposait, parce que la faculté de faire un testament sous-seing privé tenait à la capacité du testateur et qu'à ce titre elle était un élément du statut personnel. Cette thèse évidemment fausse étant donné la conception de notre législation en matière de capacité, conception qui rattache la capacité à des raisons d'âge et de santé intellectuelle, ne devait pas l'emporter. Il y avait là une confusion regrettable dont la source provenait certainement

de l'importance prise par la théorie des statuts ! qui disait statut personnel, disait évidemment état et capacité. Ces deux propositions apparaissaient indivisément liées l'une à l'autre.

Il n'est cependant pas impossible de trouver des hypothèses où cette théorie pourrait être exacte, il s'agit seulement de se transporter dans une législation différente de la nôtre, lorsque pour des raisons protectrices de la minorité ou de l'incapacité une loi viendrait à déclarer que le mineur de tout âge ou d'un certain âge ne pourrait pas tester olographement mais seulement dans la forme authentique, alors on pourrait considérer qu'entre la capacité et le testament sous-seing privé il y a un lien tel qu'on doive rattacher la faculté de faire un testament à la capacité en général. C'est la conception que l'on retrouve dans la législation autrichienne qui dans l'article 569 du Code civil ne permet aux mineurs de 18 ans que le testament fait par devant le tribunal. Mais il en est autrement d'une législation qui ouvre à tous ceux qui peuvent tester la faculté d'employer la forme olographe ou bien qui refuse à tous l'emploi de cette forme. On ne peut pas dire que les premiers soient tous capables, les seconds tous incapables ; la capacité étant une conception spéciale à chaque Etat (1).

Laissant de côté cette théorie de la capacité rejetée

(1) *Bartin. Théorie des qualifications.*

de nos jours, certains auteurs (1) ont déclaré que l'application de la loi nationale du testateur se justifiait par ce fait que l'acte était censé fait dans le pays auquel le testateur appartenait. Nous repoussons quant à nous cette idée de fiction, qui, comme toutes les fictions en général ne doivent pas avoir place dans une bonne législation, car c'est établir comme vrai ce que l'on sait être faux en réalité. Nous préférons cette justification un peu vague qui consiste à dire que les individus restent soumis à leurs lois nationales même en pays étranger (2). Cette proposition a besoin elle-même d'être justifiée. Pourquoi la loi nationale accompagnerait-elle à l'étranger le national qui veut tester dans une certaine forme ? pourquoi la loi nationale plutôt qu'une autre loi, la loi locale par exemple ? A la vérité les raisons qui feraient préférer la loi nationale n'apparaissent pas éclatantes au premier abord. Le but des formes du testament sous-seing privé est évidemment d'assurer la liberté du disposant, de rendre sa volonté certaine, de conserver la mémoire de l'acte, etc. Or ce but est aussi bien celui de la loi locale que celui de la loi nationale. Cependant il n'est pas impossible de trouver une réponse à l'objection ainsi posée, car de deux choses l'une où les formes exigées par la loi du

(1) Laurent, t. II, p. 448, n° 247 ; — en sens contraire, S., 43, 1, 209 ; — Clunet, 1887, p. 332.

(2) Despagnet, p. 282, n° 28 ; — Fœlix, t. I, p. 180, n° 83.

lieu et par la loi nationale sont les mêmes, alors pas de question, ou bien elles sont différentes, alors cette différence seule suffit à justifier la préférence accordée à la loi nationale. La loi nationale est en effet la mieux adaptée à l'individu ; elle ne tient pas à des considérations purement fortuites comme le fait de se trouver en un certain lieu, mais le législateur l'a édictée ou est censé l'avoir édictée en tenant compte de considérations politiques, du niveau intellectuel, des mœurs de ses concitoyens, lesquelles dépendent du climat, de la situation géographique du pays, etc. On a un peu abusé de ces raisons dans une certaine école, aussi nous ne nous y attarderons pas, tout en constatant la part de vérité qu'elles contiennent.

On peut dire encore que la loi nationale est celle que le testateur connaît la mieux. Nul n'est censé ignorer sa loi nationale, pourrait-on dire, et il y aurait là une présomption légale en droit international, semblable à celle existant déjà en droit interne et qui pourrait se justifier de la même façon. Mais ce qui nous fait donner la préférence à la loi du lieu sur la loi nationale, c'est l'examen même du testament sous-seing privé, de ses conditions d'existence et de validité.

La règle *locus regit actum*, avons-nous vu, se justifiait en matière d'acte public, à raison de l'intervention d'officiers publics compétents, d'agents ou de témoins présentant des qualités spéciales. Rien de tout cela dans le testament sous-seing privé qui n'exige que cer-

tains actes du testateur lui-même. L'acte public a une relation extérieure certaine avec le lieu où il est fait, par l'effet même de sa publicité. Le testament sous-seing privé est secret, il existe indépendamment du lieu où il a été fait ; il peut n'être pas valable, selon la thèse que l'on adopte mais il existe et cela à la différence de l'acte public fait contrairement à la loi du lieu qui est inexistant (1).

Prenons le testament français de l'article 970 : les formes exigées pour sa validité sont seulement la mention de la date, l'écriture et la signature du testateur. Il n'est fait aucune allusion au lieu de confection ; il importe peu, car ce qui importe au législateur, c'est simplement d'établir avec certitude que l'acte ainsi conçu est bien l'œuvre spontanée et réfléchie du testateur ; il déclare que le testament daté, écrit et signé de la main du testateur, doit produire plein effet ; il eut été vraiment extraordinaire qu'il limitât cette validité à la condition d'être rédigé en deçà des frontières et qu'écrit par delà la borne frontière, il lui eut semblé ne pas contenir les garanties suffisantes. C'est ce qu'a pensé notre législateur en rédigeant l'art. 999 qui prévoit expressément la confection du testament olographe français en pays étranger.

(1) A moins de contenir en lui-même les conditions d'existence d'un acte sous-seing privé alors il existe comme tel.

Mais, dit-on, si le raisonnement que nous venons de faire est vrai pour le testament privé français, il n'en est peut-être pas de même pour le testament sous-seing privé d'un autre pays qui, comme l'a fait le nouveau Code civil allemand, exigerait comme condition de validité la mention du lieu. N'y a-t-il pas, en pareil cas, un lien certain entre le lieu de confection du testament et le testament lui-même ? On serait tenté de répondre par l'affirmative, mais à examiner de près la mention du lieu n'est pas autre chose que le complément de la date, c'est la situation de l'acte dans le temps et dans l'espace ; c'est une précision de plus apportée à la date du testament et la preuve que ce n'est pas autre chose, c'est qu'un pareil testament peut être fait n'importe où là même où le testament olographe ne serait pas admis (1).

Cette indépendance du lieu de confection que présente le testament sous-seing privé provient de sa nature même. Qu'est-il si ce n'est la constatation personnelle d'un certain nombre de faits matériels tels que la date, le lieu, la signature. Tout le monde peut tester ainsi, à condition de savoir écrire en France, sans cette nécessité, dans d'autre pays. Le testament sous-seing privé émane de la personne du testateur, il est « son propre ministre, » disaient nos anciens auteurs ; c'est donc sa loi personnelle, c'est sa loi

(1) V^o Saleilles, *Revue trimestrielle*, 1907.

nationale en France qui logiquement doit régir l'acte lui-même et non une loi purement accidentelle comme celle du lieu.

Mais la loi nationale doit-elle être la seule à régir les formes du testament sous-seing privé ? c'est l'opinion de M. Duguit. Ne convient-il pas de permettre au testateur, à titre subsidiaire, de suivre la loi locale ? C'est notre opinion.

Un système, croyons-nous, se juge d'après ses conséquences ; or le système de M. Duguit aboutit à deux conséquences juridiquement mauvaises :

1° Les Français à l'étranger ne peuvent faire leur testament olographe que dans la forme française ; ce qui bien que conforme au texte de l'art. 999, est de mauvaise législation ;

2° L'étranger en France ne peut tester dans la forme olographe française.

Voilà ce qui est illogique, un tribunal français validera un testament, parce qu'il a pour auteur un Français, et annulera le même testament, parce que c'est le testament d'un étranger

Il y a plus, *quid* des individus sans nationalité, des *hematloses* ? et ils sont plus nombreux qu'on le croit ? Doit-on leur refuser la faculté de tester olographement ?

Ces raisons d'ordre pratique plus que des raisons de texte nous font incliner à admettre la loi du lieu comme subsidiaire. Sans doute l'art. 999 ne l'a pas men-

tionné à propos du testament olographe, mais encore une fois il ne vise que le testament des Français à l'étranger ; il laisse pleine latitude pour l'étranger en France et nous croyons de bonne législation de le leur accorder (1). C'est qu'en effet on ne doit pas dresser des barrières purement artificielles à la liberté de tester : après tout un individu peut ignorer sa loi nationale, il y a une question d'utilité et de commodité à permettre la confection d'un testament selon la loi locale. Sans doute il y a des législations qui ont cru devoir l'écarter expressément (art. 992 C. néerlandais) ou implicitement (art. 999 C. civil français), mais ce sont là des exceptions qui doivent être interprétées restrictivement et dont l'application ne doit s'étendre ni aux étrangers, ni aux tribunaux de l'étranger. Le principe est l'application de la loi nationale du testateur (2) et la loi locale ne doit intervenir qu'à titre

(1) Il semble qu'il y ait une contradiction à permettre à l'étranger en France l'observation de la loi du lieu en ce qui concerne le testament olographe, et à ne pas le permettre au Français à l'étranger. Logiquement, la contradiction est flagrante, juridiquement on peut l'expliquer par une idée de protection du national au cas où la loi étrangère trop simpliste n'exigerait point des formes suffisantes pour garantir la liberté du testateur et la conservation de son acte.

(2) On peut se demander quelle serait la loi nationale compétente, quand un individu aura changé plusieurs fois de nationalité par suite de naturalisation, d'option ou de mariage, etc. La solution la plus rationnelle est que ce doit être la loi nationale du testateur au moment où il disposait, c'est le vœu émis par la Conférence de La Haye (V. plus loin le chapitre sur cette conférence).

subsidaire. C'est, croyons-nous, le premier sens de la maxime *locus* dans la doctrine primitive, nous nous y tenons pour l'interprétation du droit actuel. Nous allons maintenant passer en revue les divers conflits qui se sont produits dans la pratique entre la loi nationale et la loi du lieu, nous ferons connaître les solutions de la jurisprudence et les critiques qu'elle suscite.

CHAPITRE IV

CONFLITS DE LA LOI NATIONALE DU TESTATEUR ET DE LA LOI DU LIEU DE CONFECTION DU TESTAMENT

C'est le conflit ordinaire, celui qui provient des divergences existant entre les différentes législations au sujet du testament sous-seing privé, les unes admettant ce testament sous certaines conditions, les autres l'ignorant, d'autres le prohibant. Nous allons passer en revue les différentes hypothèses susceptibles de se présenter, en divisant ce chapitre en cinq sections et un appendice (1).

1° La loi nationale admet le testament sous-seing privé, la loi du lieu l'ignore ou le prohibe ;

2° La loi du lieu admet le testament sous-seing privé, la loi nationale l'ignore ;

3° La loi du lieu admet le testament sous seing-privé, la loi nationale le prohibe ;

4° La loi nationale et la loi du lieu admettent toutes

(1) Par abréviation nous emploierons désormais l'expression loi nationale au lieu de loi nationale du testateur, loi du lieu au lieu de loi du lieu de confection du testament.

deux le testament sous-seing privé, mais exigent des formes différentes ;

5° La loi nationale et la loi du lieu admettent toutes deux le testament sous-seing privé avec des formes identiques; mais l'interprétation jurisprudentielle des mentions exigées est toute différente dans les deux législations.

Enfin, dans un appendice, nous examinerons les conflits de la loi locale avec la loi personnelle du testateur autre que la loi nationale.

Nous passerons en revue chacun de ces divers conflits, aussi bien au point de vue du Français à l'étranger, que de l'étranger en France, et nous ne ferons la distinction que lorsque les solutions positives données par les textes sembleront l'exiger.

SECTION A. — La loi nationale admet le testament sous-seing privé, la loi du lieu l'ignore ou le prohibe.

L'hypothèse est fort simple et facile à résoudre : C'est le cas de Français testant en Hollande ou en Russie, par exemple. La solution est certaine : l'art. 999 tranche toute difficulté : le Français pourra tester dans la forme sous-seing privé sous la seule condition d'employer le testament olographe tel qu'il est conçu dans l'art. 970. Remarquons en outre qu'il n'y a pas lieu de distinguer si dans le pays où l'acte

a été rédigé la législation ignore ou prohibe le testament sous-seing privé ; peu importe, l'art. 999 ne fait aucune allusion à la *lex loci*, toute la matière est réglée par la loi nationale, et la loi nationale ignore la loi du lieu. C'est l'opinion unanime des auteurs (1), il n'y a aucune jurisprudence en sens contraire.

SECTION B. — La loi locale admet le testament sous-seing privé, la loi nationale l'ignore.

La question est beaucoup plus importante que la précédente (2), elle a été la source de difficultés nombreuses pour la seule raison que notre Code est muet en la matière : c'est un étranger qui, appartenant à une nation ignorant cette forme de testament qui teste en France selon la loi française. A la vérité et si l'on n'envisageait que l'argument d'analogie basé sur l'art. 999, nous serions bien obligés de déclarer nul un pareil testament, et c'est la solution extrême à laquelle on aboutit dans la théorie de M. Duguit. Tous les autres systèmes admettent la validité ; c'est aussi notre avis.

(1) Laurent, t. XIII, n° 1581 ; — Demolombe, Don., t. XXI, n° 474, etc. ; — Duguit, p. 138 et 149, etc., etc.

(2) La distinction entre la loi nationale du testateur ignorant le testament olographe et la même loi le prohibant se trouve chez Laurent, *Principes de Droit civil*, t. I^{er}, p. 159 ; *Droit civil international*, t. VI, n° 419.

Nous déclarons, selon nous, qu'il faut, en matière de testament sous-seing privé se rapporter, quant aux formes, à la loi nationale, que la loi du lieu ne doit intervenir qu'à titre subsidiaire lorsqu'elle est utile. Raisonnons sur notre hypothèse ; la loi nationale est inapplicable puisqu'elle ne prévoit pas un pareil testament, l'utilité de suivre la loi du lieu paraît donc incontestable, d'où la conséquence logique est la validité de ce testament fait en France.

La jurisprudence est dans ce sens mais pour d'autres raisons, dont la principale est la règle *locus*, est un principe supérieur de droit international ; la loi nationale ne concernant que la capacité des personnes.

« Attendu que le statut personnel du testateur détermine la capacité de disposer, mais que la loi du pays où le testament est fait, en règle seule la forme extérieure »...

« Que si l'art. 999 du Code civil autorise par exception le Français qui teste en dehors du territoire à se conformer aux seules prescriptions de l'art. 970 du même Code, il n'en résulte pas que le principe sus-énoncé cesse de recevoir application pour l'étranger qui se trouve en France, lors de la confection de son testament » (1).

C'est encore un jugement du tribunal d'Annecy, du 6 février 1890 à propos de la loi sarde ignorant le testament olographe. « Attendu qu'il est aujourd'hui

(1) Clunet, 1884, p. 485.

de jurisprudence que la règle *locus* s'applique à la forme des testaments, sans quoi il pourrait devenir impossible, dans certains cas, à un étranger de tester en France... que, par conséquent, on doit en principe considérer comme valable le testament olographe fait par un étranger dont la législation n'admet pas une pareille manière de tester ». (1-2).

La vérité est que, en l'absence de texte dans le Code, on ne voit pas pour quelles raisons juridiques ou d'ordre purement logique, la jurisprudence aurait pu annuler pareil testament. Lorsque l'article 970 énumère les conditions nécessaires pour la validité du testament olographe, il ne s'occupe en rien de la nationalité du testateur, il déclare seulement que le testament écrit, daté, signé de la main du testateur, sera un testament valable ; il sous-entend aussi que l'acte sera fait en territoire français, puisque l'art. 999 qui le complète, prévoit l'hypothèse du même testament fait en pays étranger. Donc aucune difficulté, le testament de l'étranger fait en France selon la forme française est valable : *locus regit actum* : la loi nationale n'étant d'aucune application vu qu'elle ignore par hypothèse cette forme de tester.

(1) Clunet. 1891, p. 243.

(2) Citons encore un jugement du tribunal consulaire d'Espagne à Constantinople, du 25 septembre 1892, qui valida le testament olographe d'un Espagnol fait sous l'empire de l'ancien Code civil espagnol, lequel ignorait cette façon de tester. Le jugement tout entier est basé sur la règle *locus regit actum*. Clunet, 189, p. 1694.

SECTION C. — La loi du lieu reconnaît le testament sous-seing privé, la loi nationale le prohibe.

Le Code néerlandais, dans son art. 992, fournit une illustration remarquable de législation prohibant à ses ressortissants l'emploi du testament dans la forme sous-seing privée, même en pays étranger. Il est ainsi conçu :

« Un Néerlandais en pays étranger ne pourra faire
 « son testament que par acte authentique et en observant
 « les formes usitées dans le pays où cet acte a été passé.
 « Il pourra toutefois disposer par acte sous signature
 « privée de la manière et dans les limites tracées par
 « l'art. 982 ci-dessus. » Ce dernier article n'autorise que la nomination d'exécuteurs testamentaires, le règlement des frais et du mode de sépulture, le legs de vêtements, de parure et de toilette, de meubles meublants et de choses de minime importance. Et la jurisprudence hollandaise semble bien aggraver la prohibition en s'en rapportant à sa propre loi pour la qualification des testaments en authentique ou sous-seing privé (1). En tous cas, pour elle la solution est simple, chaque fois qu'elle considère un testament comme étant simplement sous

(1) V. à ce sujet un jugement du tribunal de 1^{re} instance d'Amsterdam du 15 février 1901. Cl. 1903, p. 617.

signature privée, elle l'annule en vertu de l'art. 992. Mais la question intéressante n'est pas là, elle est de savoir quel est l'effet de cette prohibition à l'égard des tribunaux étrangers ?

En France, la jurisprudence a varié ; il est intéressant de connaître et de discuter les arguments qui ont été présentés dans les attendus des divers jugements. L'arrêt le plus ancien paraît être un arrêt de la Cour d'Orléans, du 4 août 1859 (1) : les faits étaient simples ; un Hollandais avait testé en France dans la forme de l'art. 970 du Code civil français ; les héritiers du sang en demandaient la nullité en se fondant sur l'art. 992 du Code néerlandais. La Cour d'Orléans rejeta leur demande.

« Attendu que la forme extérieure ou la solennité des actes sont réglées par la loi du pays où ces actes sont passés ; qu'autrement l'étranger pourrait, quand il est hors de son pays, se trouver empêché de tester par l'impossibilité de recourir aux formes exigées par la loi de son pays d'origine. . . »

« Que le principe *locus regit actum* s'applique au testament, que dès lors la forme en est régie par la loi du pays où le testateur a disposé. »

Ainsi toute l'argumentation de la Cour s'appuie sur cette simple affirmation de la règle *locus* en matière de testament quelconque, règle conçue comme un

(1) D., 1859, 2, 158.

principe certain du droit international privé français. A la vérité, l'avocat général avait dans l'affaire déposé des conclusions dans un sens absolument opposé, en se basant sur le fondement même de la règle *locus*, qui lui paraissait être : le consentement tacite de chaque nation à l'application de cette règle. « Or, quand la loi d'un pays dispose d'une façon expresse sur la forme que tel ou tel acte devra revêtir quand il sera fait en pays étranger, quand elle exclut absolument toutes les formes autres que celles qu'elle autorise, ne rencontre-t-on pas dans de telles dispositions l'expression bien nette de sa volonté de s'affranchir de cet espèce de pacte né d'un consentement tacite ? »

Cette raison est vraiment extraordinaire, et la conception que se faisait cet avocat général du droit international privé est tout à fait remarquable. Il semblerait, d'après lui, que pour qu'une règle de droit international ait quelque valeur, qu'elle doive obtenir l'adhésion de toutes les législations dont elle résoudra les conflits. Bien plus, il ne se préoccupe pas si la règle *locus* existe en cette matière dans notre droit, mais si elle est admise dans la législation en conflit avec la nôtre, comme si la loi applicable à la matière devait être la règle de droit international hollandais. Nous préférons, quant à nous, les motifs suivants qui ont été allégués, sans toutefois les approuver pleinement, à savoir que cette prohibition de la loi étrangère

touche à la capacité de son regnicole et que, véritable statut personnel, elle le suit en pays étranger. « Comprendrait-on sans cela l'utilité de ces articles de lois que beaucoup de législateurs modernes ont inséré dans leur Code pour régler les formes dont leurs nationaux devraient user en pays étranger pour faire certains actes de la vie civile ? Quels seraient le sens et la portée de l'art. 992 du Code néerlandais et de l'art. 999 de notre Code français. »

Cette argumentation est encore le résultat d'une fausse conception du droit international privé, nous avons cru bon de l'exposer, car elle apparaît parfois en jurisprudence ; elle consiste pour un tribunal à considérer une règle de droit international privé d'un pays comme devant s'imposer aux tribunaux de tous les autres pays, chaque fois qu'il s'agira d'un de ses nationaux.

C'est un pur non sens : l'art. 999 veut dire que les tribunaux français annuleront tout testament de Français qui ne serait pas conforme à l'art. 970 et c'est tout. Vouloir faire dire à l'art. 999 français ou à l'art. 992 hollandais, qu'ils s'imposent aux tribunaux étrangers serait contraire à toute idée de souveraineté nationale, qui est la clef de voûte du droit international.

Telles furent les conclusions déposées en 1859 par un avocat général et les critiques qu'elles nous suggèrent ; il était intéressant d'en exposer les idées car elles se retrouvent pour la plupart dans la juris-

prudence nouvelle telle que vient de l'inaugurer le tribunal de la Seine.

La décision à laquelle nous faisons allusion a été rendue le 13 août 1903 ; l'espèce était identiquement la même que celle qu'avait eu à juger la Cour d'Orléans et cependant le Tribunal de la Seine déclara le testament olographe entièrement nul. Reste à savoir pourquoi.

« Attendu, déclare le jugement du 13 août 1903, que la disposition de l'article 992 précité affecte le statut personnel des Néerlandais... que la loi hollandaise a voulu que ses prescriptions reçussent application en pays étranger et que la transmission des biens héréditaires de ses nationaux fut entourée des mêmes garanties... ».

Ainsi, déclare le tribunal de la Seine, la question qui est soulevée est une question de capacité, c'est la loi hollandaise qui le déclare, il n'est pas besoin de s'occuper de la loi française qui dit exactement le contraire. Quant à la règle *locus*, voici ce qu'il y est dit : « Attendu que celle-ci (la loi hollandaise), ainsi qu'elle en avait le droit, a fait, en termes exprès, échec à la règle d'après laquelle la forme des actes est soumise à la loi du pays où ils sont passés ; que cette règle n'est pas d'ordre public en France et peut être méconnue alors que son application n'est point revendiquée par un sujet français et n'intéresse aucun bien légalement situé en France. . ».

Cette dernière phrase laisse entrevoir les véritables

raisons qui ont entraîné la décision des juges : ils ont été impressionnés par ce fait qu'il s'agissait d'un testateur hollandais testant au profit d'Hollandais à l'encontre d'héritiers de sang hollandais à propos de biens situés en Hollande. Comment, dès lors, ne pas appliquer la loi Hollandaise ? De là leur effort pour écarter la règle *locus* ; ils auraient pu nier son existence, ils ne l'ont point fait, ils se sont contentés d'écarter son application pour des raisons, à notre avis, bien mauvaises. Sans doute la règle *locus* n'est pas d'ordre public, c'est l'opinion que nous avons toujours soutenue, mais était-ce une raison pour nos tribunaux d'écarter la règle française de droit international privé et de la remplacer par la règle néerlandaise ? C'est ce qu'on ne saurait logiquement prétendre ; le tribunal français ne doit connaître qu'une loi, la loi française, laquelle loi française peut renvoyer à une loi étrangère, mais alors appliquer la loi étrangère c'est appliquer la loi française qui se l'est assimilée en pareille circonstance. Enfin il serait peut-être difficile de nier l'influence qu'a pu exercer sur ce jugement la jurisprudence de deux pays étrangers voisins du nôtre.

C'est d'abord la *jurisprudence belge* (1), particulièrement intéressante, puisqu'elle s'est formée sur le même Code civil. Elle est unanime à annuler le testament

(1) Pasieris, 1874, 2, 301, P., 1887, 3, 56 ; 1889, 2, 170, P., 1892, 3, 139 ; — *Pandectes périodiques belges*, 1890, 571.

olographe des Hollandais à l'étranger en se fondant sur deux arguments dont un seul nous retiendra.

« Attendu que l'on ne saurait contester que la disposition inscrite dans l'art. 992 du Code néerlandais détermine la forme habituelle et extrinsèque que doit revêtir le testament fait à l'étranger par un regnicole, que l'authenticité imposée à un pareil acte n'est pas une simple forme instrumentaire, mais constitue une question de la validité même du testament, de telle sorte que sans authenticité celui-ci n'existe pas... (1) ».

C'est entendu, l'authenticité est une condition de validité, mettons même une condition d'existence du testament des Hollandais à l'étranger, mais cela ne l'empêche pas d'être une forme instrumentaire enfin et surtout cela n'oblige en rien les tribunaux étrangers d'appliquer l'art. 992 Néerlandais. Cependant, M. Rolin (2) se rallie à cette jurisprudence parce que la loi qui régit la substance de l'acte juridique peut

(1) Cette jurisprudence contient en outre ce deuxième argument :

« Attendu que si, malgré l'existence d'une prohibition du genre de l'espèce, il était possible de l'éluder en vertu de la règle *locus regit actum*, l'on ne comprendrait pas l'utilité de ces articles de loi qui resteraient ainsi sans la moindre sanction et que plusieurs législateurs modernes ont cependant inscrits dans leurs Codes pour régler la forme dont leurs nationaux doivent user en pays étranger pour faire valablement certains actes de la vie civile. »

La réfutation de ce raisonnement résulte suffisamment de nos explications sur la matière.

(2) Rolin, professeur à l'Université de Gand, *Principes de Droit international privé*, t. II, p. 406.^s

toujours exclure l'application de la maxime *locus regit actum*. Nous admettons, nous aussi, cette exclusion à l'intérieur des frontières, mais elle ne peut avoir d'effet sur le droit international étranger (1).

La *jurisprudence italienne*, à laquelle nous avons fait allusion, est identiquement la même : il y a cependant un arrêt dissident qui, comme celui de la Cour d'Orléans, prononce la validité du testament, c'est un arrêt de la Cour de cassation de Turin du 31 mai 1881 (2). Mais cette jurisprudence s'est ressaisie et la Cour d'appel de Gênes du 4 août 1891 décidait tout le contraire (3) : « Que l'art. 992 des Pays-Bas est une disposition restrictive de capacité qui suit les Hollandais en pays étranger, que vainement on objecte qu'il s'agit d'une question relative à la forme d'un acte... » (4) Enfin, la Cour de cassation de Turin, elle-même, approuva la décision de la Cour de Gênes le 12 avril 1892. « Attendu que, d'ailleurs, la règle

(1) C'est la solution adoptée dans le projet de Code civil belge :

« Lorsque la loi qui régit une disposition exige comme condition « substantielle que l'acte ait la forme authentique ou la forme « olographe, les parties ne peuvent suivre une autre forme, fut-elle « autorisée par la loi du lieu où l'acte est fait. »

(2) Clunet, 1883, p. 84. « Attendu que suivant la loi italienne et à la différence de la loi française la règle *locus regit actum* s'applique aussi bien aux testaments olographes qu'aux testaments publics, les citoyens ont d'ailleurs toujours le droit de tester, même à l'étranger, dans les formes autorisées par leur loi nationale »

(3) Clunet, 1893, p. 955.

(4) Clunet, 1894, p. 1083.

locus admet un certain nombre d'exceptions, que, conformément à une doctrine bien établie, son application cesse au cas où la loi nationale du disposant interdit formellement l'emploi de telle ou telle forme déterminée... » En résumé, si nous laissons de côté des arguments sans valeur, comme ceux de la nationalité des légataires, de la nature et situation des biens donnés, deux affirmations se dégagent nettement et contradictoirement de toute cette jurisprudence : à savoir 1° que le testament olographe est un testament formel soumis quant à sa validité à la loi du lieu ; 2° en sens contraire que la prohibition de tester en la forme olographe est une disposition restrictive de la capacité, et comme telle appartient au statut personnel. C'est l'ancienne querelle que nous avons trouvée chez Pothier et Furgole d'une part ; chez Ricard et Bouhier d'autre part.

La solution, croyons-nous, dépend uniquement de la législation du pays où la question de validité du testament se pose. Il est évident que si nous examinons uniquement l'art. 992 néerlandais, la réponse peut être que c'est une disposition restrictive de la capacité, mais que si nous passons en revue les articles de notre Code civil, il nous apparaît impossible de ranger la faculté de tester olographement dans la matière de la capacité. Il y a là une question de qualification (1).

(1) « Tout dépend, dit M. Bartin, de la qualification qu'il faut attribuer à l'article 992 du Code néerlandais. Si les tribunaux

Or, c'est la loi du tribunal qui fixera la qualification. La raison ? M. Bartin la trouve toute entière dans le fondement du droit international privé, dans l'idée qu'il se fait de la souveraineté nationale (1).

Nous aboutissons, dans notre système, aux mêmes solutions tout en raisonnant différemment. Il n'est pas vrai de dire que l'art. 992 néerlandais règle une question de capacité, même en se plaçant au point de vue du droit des Pays-Bas : nous n'en voulons d'autre preuve que les amendements relatifs à cet article proposés par les délégués hollandais lors des diverses conférences de La Haye (2) : jamais il n'a été question de

français rattachent cette prohibition au statut personnel et y reconnaissent une règle de capacité, le testament sera nul, parce que l'incapacité du sujet néerlandais à tester en la forme olographe, l'aura suivi en France où il a testé ; si, au contraire, ils rattachent cette prohibition aux règles de forme des actes juridiques, le testament sera valable, à supposer qu'ils pensent que la forme du testament dépend nécessairement de la loi du lieu de rédaction, parce que cette loi qui est la loi française, admet la forme olographe. » Bartin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*. Cluset, 1897, p. 225.

(1) « Lorsqu'un Etat admet l'application de lois étrangères sur son territoire, il *limite volontairement* le domaine de sa propre législation et il en résulte nécessairement que les tribunaux de cet Etat saisis de la question de savoir s'ils doivent appliquer à ce rapport leur propre loi, ou bien une loi étrangère, emprunteront toujours la définition juridique de ce rapport à leur propre loi . . . » Nous concevons tout autrement l'application d'une loi étrangère, c'est selon nous, un acte de souveraineté, et non une restriction, par lequel le législateur d'un pays fait sienne une loi étrangère dans un certain rapport juridique.

(2) V^o Chapitre sur les conférences de la Haye.

faire rentrer dans la capacité la faculté de tester olographement, bien au contraire, le problème ne s'est posé qu'à propos des formes du testament (1). Cela est certain, l'art. 992 traite tout simplement des conditions de validité relatives aux formes du testament des Hollandais en pays étranger, et il déclare que la règle applicable est la *lex loci*, sauf en matière de testament sous-seing privé que le législateur hollandais interdit à ses ressortissants. Quel est l'effet d'une pareille prohibition vis-à-vis des lois étrangères? C'est là tout le problème.

De deux choses l'une, a-t-on dit, dans certains arrêts que nous avons reproduits plus haut, ou bien l'art. 992 signifie que la nullité s'impose devant les juridictions étrangères, ou bien il ne signifie rien du tout. Ce dilemme est faux : l'art. 992 ne s'impose pas aux tribunaux étrangers car ce serait vouloir légiférer au-delà de la frontière et violer le principe de souveraineté nationale, l'art. 992 a au moins cette signification qu'il ordonne aux tribunaux néerlandais de prononcer la nullité du testament sous-seing privé qu'un national aurait pu faire à l'étranger. (2) C'est une règle de droit international privé hollandais et pas autre chose ; l'art. 992 néer-

(1) Ce sont les tribunaux qui ont imaginé cette théorie de la capacité pour appliquer la loi hollandaise et annuler le testament.

(2) Dans le même sens A. Pillet. *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, p. 722, 723.

landais est le pendant de notre art. 999. Or, le tribunal d'un pays quelconque, dans une question quelconque et en particulier dans une question de droit international n'a à se préoccuper que de sa propre loi : la loi applicable est la *lex fori* et pas d'autre. Dès lors, les réponses sont simples ; la *lex fori* pose-t-elle en principe la règle *locus*, impérative ou facultative, peu importe ; la loi applicable est la loi du lieu, et si elle admet le testament sous-seing privé, le testateur aura fait un testament pleinement valable ; pose-t-elle, comme nous le prétendons, l'application de la loi nationale en principe et subsidiairement de la loi locale, nous estimons que pareil testament est également valable. Notre législation ne renvoie pas à la loi nationale étrangère pour savoir si un individu peut tester olographement ou non, elle pose le principe de la validité du testament sous-seing privé et elle renvoie, quant aux formes, à l'application de la loi étrangère et subsidiairement de la loi du lieu. La loi nationale du testateur ne fournissant, dans notre hypothèse, aucune forme privée et sa prohibition étant de nul effet, il est tout naturel que le testateur ait suivi la loi du lieu ; son testament est donc valable.

Voilà comment se trouve éclaircie une contradiction apparente de notre système qui pose l'application de la loi nationale en principe, et subsidiairement de la loi du lieu.

SECTION D. — La loi locale et la loi nationale admettent toutes deux le testament sous-seing privé, mais avec des formes différentes.

En nous plaçant au point de vue du droit français positif, deux hypothèses sont à distinguer :

Le Français à l'étranger ;

L'étranger en France.

1° LE FRANÇAIS A L'ÉTRANGER.

Là encore plusieurs cas peuvent se présenter.

a) Le Français emploie les formes de l'article 970 pour la confection de son testament. Alors pas de difficulté, l'article 999 déclare ce testament pleinement valable.

b) Le Français teste selon la loi locale étrangère et cette loi locale exige non seulement que l'acte soit écrit, signé et daté de la main du testateur, mais encore d'autres mentions, par exemple la mention du lieu comme dans le Code civil allemand. Ce testament est encore certainement valable.

c) Le Français teste selon la forme française, mais en y ajoutant, pour lui donner un caractère d'authenticité, certaines solennités prescrites par la loi locale.

La jurisprudence a reconnu la validité d'un pareil testament (1).

d) Le Français a suivi la loi locale moins exigeante ou toute différente de la loi nationale, au point de vue des formes exigées. Pareil testament est-il valable? La question est fort discutée. La jurisprudence n'a eu qu'à se prononcer une seule fois et elle s'est prononcée dans le sens de la nullité, à propos du testament d'un Français qui avait suivi l'art. 577 du Code civil autrichien, lequel déclare valable le testament écrit par n'importe qui en présence de trois témoins (2). Le tribunal de Lyon allégua l'art. 999, argument qui nous paraît irréfutable.

« Attendu que, sans doute, la loi française devait aux nationaux éloignés de leur patrie la consolation d'assurer leurs dispositions dernières par des formes facilement praticables, que la sagesse de l'art. 999 y a pourvu en consacrant la forme simple du testament olographe et en permettant, en même temps, telle forme publique ou solennelle qui sera en usage en pays étranger... »

Puis suivent des arguments de fait :

« Que la doctrine d'après laquelle le Français, en pays étranger, peut faire son testament avec les formes

(1) Cour de Paris, 3 juin 1878. — Clunet, 1878, p. 613. *Gazette du Palais* des 17 et 18 juin 1878.

(2) Clunet, 1877, p. 149.

usitées, dans le pays où cet acte est passé quelles que soient, d'ailleurs, ces formes authentiques, sous signature privée ou même verbale, est excessive.

» Que la fraude pourrait trop facilement intervertir l'ordre naturel des successeurs, etc... ».

Il eût été meilleur de démontrer, comme nous l'avons déjà fait, que la règle *locus regit actum* n'était pas un principe supérieur de législation qui puisse compléter une disposition expresse du Code, lequel n'a rien dit et paraît, bien au contraire, l'écarter implicitement.

Le jugement du tribunal de Lyon est bon ; il est d'ailleurs corroboré par toute une jurisprudence qui, à défaut du testament olographe de l'art. 970, exige nettement la forme authentique telle qu'elle existe dans la loi locale (1).

Voilà une jurisprudence logique et établie sur des bases solides ; le Français veut-il tester à l'étranger, il a le choix entre la forme authentique locale et la forme olographe de l'art. 970, hors de là il fait un testament nul.

Cependant cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs (2) ; pour Demolombe, la validité du testament sous-seing privé de forme locale est la conséquence de sa conception de l'art. 999 qui ne serait,

(1) D., 1854, 1, 313, 3 juillet 1854 ; — Rouen, 21 juin 1840 ; S., 40, 3, 515 ; — Cass., 19 août 1858 ; S., 1859, 1, 396 ; — Seine, 11 mars 1899 ; Clunet, 1899, p. 1014.

(2) Demolombe, Don., t. IV, n° 475.

selon lui, qu'une exception à la règle *locus* en faveur des Français. Pour d'autres auteurs, comme M. Weiss, la validité résulte du même article, qui établirait indiscutablement la règle *locus* conçue comme purement facultative (1).

Quant à nous, (2) nous sommes d'accord avec la jurisprudence en nous plaçant au point de vue des textes, ce qui ne veut pas dire qu'au point de vue législatif la solution inverse ne soit pas préférable. C'est une autre question. Remarquons toutefois qu'il ne faudrait pas exagérer les conséquences du système, à certains égards restrictif, que nous soutenons ; les formes du testament olographe français sont fort simples et la plupart des législations sont plus exigeantes que la nôtre. Enfin l'objection tirée d'une législation qui ne connaîtrait que la forme privée pour les testaments ne nous émeut guère ; quand bien même cette

(1) En ce sens voir la *Jurisprudence italienne*. Arrêt de la Cour de cassation de Turin, du 31 mai 1881, Clunet, 1883, p. 84.

« Suivant la loi italienne et à la différence de la loi française, la règle *locus regit actum* s'applique aussi bien aux testaments olographes qu'aux testaments publics..... le testament olographe, non daté, fait par un Italien sur le territoire d'un Etat dont la loi ne compte point obligation de dater parmi les formes essentielles des testaments olographes est un testament régulier. »

Dans le même sens : *Cour de Lucques*, 23 juin 1882 ; Clunet, 1884, p. 549.

(2) Dans notre sens citons : Troplong, *Des testaments*, t. III, n° 1734 ; — Aubry et Rau, *Id.*, t. VII, p. 89 ; — Duguit, *Des conflits de législation*, p. 147 ; — Baudry Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2232.

législation existerait, le Français ne serait pas pour cela condamné à mourir intestat, il aurait toujours à sa disposition le testament olographe de l'art. 970 et le testament devant les consuls.

e) Le Français à l'étranger a testé, dans la forme sous-seing privé, laquelle forme a un caractère authentique d'après la loi locale.

C'est le cas du testament anglais. La législation anglaise ne connaît qu'une sorte de testament, un testament qui peut être écrit par n'importe qui, et qui est valable sous la seule condition d'être signé par le testateur en présence de deux témoins ; on reconnaît à ce testament le caractère authentique. Ce testament qui est nul comme testament olographe en France, vaut-il comme remplissant les conditions exigées par l'art. 999 *in fine* ?

La difficulté vient toute entière de ce qu'en France les mots testament public et testament authentique sont synonymes, et que l'art. 1317 du Code civil déclare que l'acte authentique est celui qui a été reçu par les officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans les lieux où l'acte a été rédigé et avec les formalités requises. Or, le testament anglais ne répond à aucune de ces conditions : c'est un acte sous-seing privé, aucun officier public n'intervient pour le rendre public, et cependant il est authentique selon la loi anglaise. Il y a là une question de qualification qu'il faut résoudre ; si nous en croyions le système de M. Bartin, c'est la

lex fori qui devrait déterminer cette qualification, par suite, le Français ayant testé dans la forme anglaise locale aurait fait un testament nul et de nul effet pour avoir employé une forme sous-seing privé qui n'est point celle de l'art. 970 : mais, à notre avis, les textes en ont décidé différemment, l'art. 999 dit que le Français pourra tester... *par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.*»

Il y a là une quasi certitude (1) il faut laisser la qualification à la législation étrangère, autrement ce serait rendre l'art. 999 *in fine* inapplicable et apporter une singulière restriction à la règle *locus* : dans tous les pays où des officiers publics identiques aux nôtres par leurs fonctions n'existeraient pas, nos nationaux ne pourraient faire de testaments authentiques selon la loi du lieu, et par suite, testant privativement, ils feraient des testaments nuls. Aussi la jurisprudence, depuis l'affaire célèbre du testament du marquis de Bonneval, prononce-t-elle la validité de pareils testaments.

(1) On pourrait dire en effet il faut distinguer deux choses : l'authenticité qui résulte du concours de l'officier public et les formes qui accompagnent la rédaction de l'acte. L'art. 999 exige l'authenticité, c'est-à-dire le concours d'un officier public et quant aux formes à observer il s'en réfère aux lois et usages de la loi du lieu, c'est là seulement son domaine.

Nous n'admettons pas cette distinction subtile : le concours de l'officier public n'entraîne pas à lui seul l'authenticité, il n'est qu'une solennité parmi beaucoup d'autres comme la présence de témoins dans certaines législations étrangères, aussi il nous semble compris dans le mot forme employé par l'art. 999 *in fine*.

« Attendu que, par ces dernières expressions — entendez de l'art. 999 — l'intention du législateur a été clairement d'attacher l'authenticité à l'observation de ces formes. . . . Que cette intention se manifeste encore par l'art. 994, qui ne déclare un testament valable, dans le cas où un navire aborde une terre soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public, qu'autant qu'il a été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il a été fait. . . . »

« Attendu que le testament ainsi fait avait en Angleterre toute l'authenticité exigée par la loi du pays » (1).

2° L'ÉTRANGER TESTE EN FRANCE

Un fait remarquable, c'est le silence du Code civil : l'art. 999 s'occupe des Français à l'étranger, il ne dit rien des étrangers en France. Est-ce là un pur oubli ? On pourrait le soutenir en se basant sur les travaux préparatoires entièrement muets sur la question. Ce n'est pas notre opinion, nous croyons qu'il y a là une intention inavouée plutôt qu'une lacune et cela nous paraît d'autant plus vraisemblable que si l'on considère les quelques dispositions de droit international privé

(1) Arrêt de cassation du 6 février 1843 ; S., 43, 1, 210. Voir aussi Cour d'appel de Paris, 28 juin 1868. *Journal des notaires*, n° 19736.

contenues dans le Code, on ne trouve rien ni sur le mariage des étrangers en France, ni sur leur état civil, ni sur leur testament, ni sur leur état et capacité. Tout au plus, le Code s'occupe-t-il des étrangers pour restreindre l'exercice de leurs droits dans les articles 11, 16, 726, etc.

Cela vient, sans doute, d'une conception du législateur de 1804, d'après laquelle le Code civil n'aurait été fait que pour les Français et en faveur des Français. Il y avait là, croyons-nous, un mouvement de réaction contre les idées égalitaires qu'avaient eu les Révolutionnaires vis-à-vis des peuples étrangers, on avait été trop loin sur ce chemin, on fit retour en arrière et ce retour fut marqué par un silence quasi absolu du Code vis-à-vis des étrangers. Que faut-il en conclure au point de vue de l'application pratique de la loi ? Les opinions les plus contradictoires n'ont pas manqué de se produire, nous les trouverons au cours de l'étude de jurisprudence que nous allons entreprendre : pour cela il nous faut distinguer deux hypothèses.

a) L'étranger a employé en France la forme olographe du testament français.

b) L'étranger teste en France selon sa loi nationale.

A. *L'étranger teste en France selon la forme olographe française*

Nous avons vu plus haut une partie de la question, lorsque l'étranger appartenant à une nation qui ignorait

ou prohibait la forme sous-seing privé, testait cependant selon l'art. 970. Nous avons vu la tendance de la jurisprudence à appliquer en dernier lieu la loi nationale du testateur et à exclure la loi du lieu. Allait-il en être de même lorsque la loi nationale de l'étranger connaissait le testament sous-seing privé? La validité du testament conforme à l'art. 970 est l'opinion de la majorité des auteurs (1) qui vont même plus loin et déclarent valable le testament rédigé selon la forme olographe française mais dans une langue étrangère, pourvu qu'elle fut intelligible. C'est aussi l'opinion de la jurisprudence qui s'est établie dans un arrêt dont nous avons déjà parlé : (2) elle rejette le système de M. Duguit qui conclut à la nullité en se basant sur un argument d'analogie tiré de l'art. 999 du Code civil.

« Attendu, que si l'article 999 du Code civil autorise par exception le Français, qui teste en dehors du territoire, à se conformer aux seules prescriptions de l'article 970 du même Code, il n'en résulte pas que le principe sus énoncé (entendez *locus regit actum*), cesse de recevoir application pour l'étranger qui se trouve en France lors de la confection de son testament.

» Que le testament de Philippe D. réunit toutes les conditions édictées par l'art. 970.

(1) Aubry et Rau, VII, p. 98 ; Laurent, XIII, n° 470 ; — Demolombe, Don., IV, n° 420 ; — Baudry de Lacantinerie et Colin, Don., II, n° 2551.

(2) S., 1883, 2, 249.

» Qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner si les formalités imposées par la loi russe en cette matière ont été observées (1) ».

Cette jurisprudence est excellente : l'argument d'analogie tiré de l'article 999 n'existe pas ; la prohibition pour les Français de tester dans une forme autre que celle prévue par l'article 970, s'explique parfaitement par une idée de défiance vis-à-vis des formes étrangères de testament sous-seing privé et le désir d'assurer aux nationaux la possibilité de tester efficacement et sans danger de suggestion. Voilà comment s'explique l'intervention de *la loi nationale exclusive de toute autre* en matière de testament sous-seing privé fait par un Français en pays étranger ; les mêmes raisons ne sauraient s'appliquer au testament des étrangers en France ; le testament fait selon l'art. 970 présente aux yeux de la loi française des garanties suffisantes ; la nationalité du testateur importe peu, donc ce testament est valable ; nous ne voyons pas au nom de quel principe on pourrait soutenir le contraire.

B. *L'étranger teste en France suivant sa loi nationale.*

Cette hypothèse est plus intéressante ; sa fréquence et l'absence totale de texte ont fourni un terrain mer-

(1) Clunet, 1884, p. 405 ; — Trib. de la Seine, 21 juillet 1883 ; — même sens, Clunet, 1892, p. 233 ; Clunet, 1897, p. 816 arrêt de la C. de Paris, 7 mai 1897.

veilleux où les nombreux systèmes que nous avons exposés se sont combattus. La répercussion s'en est fait ressentir jusque dans la jurisprudence qui attend, pour être définitivement fixée, un arrêt de la Cour de cassation.

Disons tout de suite quelques mots de la jurisprudence ancienne : elle est simple. Elle est toute entière basée sur une affirmation purement gratuite : l'obligation de se conformer à la loi du lieu. C'est ce que la Cour de Paris a décidé le 25 mai 1852 (1).

Il s'agissait, et il s'agira dans toutes les espèces que nous allons rencontrer, du testament fait en France selon la forme anglaise. La Cour de cassation confirma la sentence des juges d'appel.

« Attendu qu'il est de principe de droit international que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux usages et coutumes des pays où ils sont passés. Que ce principe s'applique aux testaments olographes comme à tous autres actes publics ou privés ».

C'est une simple affirmation, car tout le problème est de savoir si la règle *locus regit actum* est un tel principe de droit qu'il doive nécessairement exclure toute application de la loi étrangère. Il semble même qu'il y ait dans la jurisprudence une contradiction flagrante en matière de testament anglais : s'agit-il du

(1) D., 1852, 2, 145 et S., 1852, 2, 289 ; D., 1853, 1, 217.

testament de forme anglaise fait par un Français en Angleterre, elle déclare ce testament valable comme authentique selon l'art. 999 (1). S'agit-il, au contraire, du même testament anglais fait par un Anglais en France, la même jurisprudence le qualifie d'olographe et le déclare nul, comme ne satisfaisant pas aux prescriptions de l'art. 970 (2).

Cependant il y a là une contradiction plus apparente que réelle, le testament anglais étant à la fois un testament privé et authentique, pour qu'il ait ce caractère authentique en France, il faut qu'il obéisse aux exigences de l'art. 999 et entr'autres, qu'il ait été fait en Angleterre. Le testament anglais fait en France selon la loi anglaise ne répond pas à cette condition, il n'est donc pas authentique, et comme d'autre part c'est un testament sous-seing privé, il doit être soumis à l'application de l'art. 970 selon la théorie de la jurisprudence.

Si cette critique ne porte pas la première reste cependant, à savoir l'affirmation de la règle *locus* conçue obligatoirement sans aucune base légale.

Un instant on put croire que la jurisprudence allait abandonner son système ; le 28 juin 1895, le Tribunal

(1) S., 1843, 1, 210 ; *Journal des notaires*, n° 19736.

(2) « Considérant que C..., Anglais, a fait en France des dispositions testamentaires en la forme olographe ;

« Que le testament du 11 juin 1838 n'est pas en entier écrit de la main de C. . »

civil de la Seine déclarait valable le testament anglais fait en France par une anglaise, Suzanne Netterville. Voici quelles furent donc les raisons alléguées (1).

« Attendu que la règle, d'après laquelle la forme des actes est soumise à la loi du lieu où ils sont passés n'est pas absolue ni d'ordre public ; qu'ainsi en matière de testament l'art. 999 du Code civil français admet la validité du testament olographe fait par un Français en pays étranger, même si cette forme n'est pas la loi du lieu où l'acte a été rédigé ; . . . »

L'attendu, cette fois, est excellent : la règle *locus* n'est pas d'ordre public et l'art. 999 fournit un argument d'analogie considérable, la loi nationale du testateur y est mise au premier rang des lois relatives à la forme du testament et l'application de cet article ne doit être considérée comme spéciale aux Français que relativement à l'obligation de se conformer, à l'étranger, aux prescriptions de l'art. 970 auquel il renvoie.

Cette jurisprudence devait s'affirmer à nouveau devant le tribunal civil de Rouen le 18 mai 1897 (2).

Ce jugement est longuement motivé, il s'attache à démontrer que la règle *locus* n'existe plus dans nos lois que les art. 67, 170 et 999 qui en sont l'application, par leur spécialité même, impliquent l'absence d'une règle générale : il y a évidemment là quelque chose

(1) Affaire Gesling-Viditz, *Clunet*, 1895, p. 847.

(2) *Clunet*, 1899, p. 406.

d'impressionnant, nous l'avons vu. Mais c'est au moins commettre une grave inexactitude que d'affirmer à propos de l'art. 5 du titre préliminaire « que malgré son adoption par la section de législation du Tribunat, cet article disparut du projet du Code civil, qu'on ne saurait prétendre que la règle qu'il contenait a pu survivre, dans sa généralisation, à *cette suppression voulue et réfléchie* ».

Voilà ce que nous ne saurions admettre. L'étude des travaux préparatoires « n'établit en rien que le législateur ait clairement manifesté » la volonté d'exclure la règle *locus* de nos lois; l'art. 5 disparut sans qu'on sache pourquoi. Si nous avons à émettre une hypothèse, car il n'y a que des hypothèses à faire en pareille matière, la pensée intime du rédacteur du Code étant que la maxime *locus* devait s'appliquer impérativement comme l'avait conçu l'ancien droit, il aura redouté les conséquences d'une règle dont il ne voyait pas toutes les applications, et il trouva alors la solution élégante de la supprimer purement et simplement. Pour le reste, nous sommes pleinement d'accord avec le Tribunal civil de Rouen.

Enfin, pour clore, signalons dans le même sens et avec des attendus excellents, la décision rendue par le tribunal supérieur de Papeete (1). « Considérant, au

(1) Trib. supérieur de Papeete, chambre des appels, 22 septembre 1898; Clunet, 1899, p. 595.

surplus, que l'on ne voit pas la raison pour laquelle l'étranger ne pourrait être autorisé à tester en France spécialement en la forme olographe de sa nationalité, alors que l'art. 999 du Code civil autorise le Français qui se trouve à l'étranger à faire ses dispositions testamentaires par actes sous signatures privées.

» Que l'on ne peut, en effet, méconnaître que les motifs qui ont fait admettre les dispositions de l'art. 999 s'appliquent aussi bien à l'étranger qui teste en pays français ». Nous ne saurions pas mieux traduire notre propre pensée ni l'exprimer en meilleurs termes.

Voilà une jurisprudence qui semblait bien s'affirmer avec force : en quatre années trois jugements sur la même matière déclarant que le règle *locus* ne pouvait s'opposer en aucune façon à l'application de la loi nationale du testateur étranger. Malheureusement les Cours d'appel ne suivirent pas nos tribunaux dans cette voie : ce fut d'abord la Cour de Paris qui, le 2 décembre 1898, malgré les conclusions de l'avocat général Jambois, affirma : « Qu'il ressort des travaux préparatoires du Code civil que la règle *locus regit actum* n'a point été abrogée, que si elle n'a point été expressément formulée dans les articles préliminaires, c'est qu'il a paru inutile de rappeler *un principe de législation supérieur et incontesté*, que son application n'est point facultative pour les tribunaux mais doit être considérée comme d'ordre public ». La Cour de cassation cassa l'arrêt pour une autre raison et renvoya

l'affaire devant la Cour d'Orléans le 24 février 1904, qui, de nouveau, annula le testament, ajoutant aux arguments précédents : « Attendu que si l'art. 999 du Code civil admet que le Français peut tester à l'étranger en la forme olographe telle qu'elle est déterminée par l'art. 970, cette dérogation à la règle susvisée a été admise *en faveur des nationaux*, — qu'elle ne saurait être appliquée par voie d'analogie aux étrangers qui testent en France... »

La parole est maintenant à la Cour de cassation dont la Chambre des requêtes a admis le pourvoi.

Remarquons que, comme l'avait fait l'arrêt de cassation de 1852, les cours se bornent à affirmer le caractère impératif de la règle ; toutefois la jurisprudence récente invoque les travaux préparatoires, mais simplement dans le but de répondre aux attendus des trois jugements dissidents : si la règle *locus* n'a pas été expressément formulée dans le Code, dit-elle, c'est simplement parce qu'il a paru inutile de rappeler un *principe de législation supérieur et incontesté*. Nous ne saurions trop nous élever contre cette façon d'envisager les choses : les principes de législation qu'il est inutile de formuler sont rares, ils n'existent pas en matière de droit international privé. Y a-t-il un principe moins controversé que celui qui place l'état et la capacité dans le statut personnel et cependant le législateur du Code civil a cru bon de l'établir expressément dans l'art. 3.

Enfin, nous contestons formellement les deux qualificatifs supérieur et incontesté que la Cour de Paris a cru bon d'employer : *supérieur* ? est-ce à dire qu'on ne puisse en concevoir de meilleur, c'est justement ce que nous nous sommes efforcés de démontrer : la supériorité de la loi nationale en matière de testament sous-seing privé. — *Incontesté* ? mais nous n'avons qu'à rappeler l'ancien droit, les discussions devant le Tribunat pour nous convaincre que si l'art. 5 du titre préliminaire disparut, c'est pour des raisons que nous ignorons peut-être, mais certainement pas parce qu'il allait de soi sans contestation possible.

Enfin, nous avons écarté d'avance l'argument qui consiste à voir dans l'art. 999 une faveur faite aux Français ; cet article, à la vérité, pose bien une règle de principe formulée pour les Français seulement mais, à cause d'idées que nous avons déjà indiquées, il y a lieu de la généraliser.

A notre avis, cette jurisprudence nous paraît critiquable autant par son argumentation que par ses conséquences : Par son argumentation ? parce qu'elle aurait pu être mieux motivée, elle aurait pu invoquer la tradition, la jurisprudence constante de l'ancien droit, les travaux préparatoires muets sur le caractère de la règle, et elle aurait pu en conclure que rien n'était changé. Cela nous eût impressionné davantage, sans nous convaincre cependant. Un système se juge par ses conséquences ; or, que penser d'un système

qui annule le testament d'un étranger, parce que cet étranger a testé selon sa loi nationale, et cela au nom d'un principe dont l'existence n'est pas prouvée et dont le sens est en tous cas fort obscur. Quelles raisons logiques de nullité peut-on invoquer à défaut de textes qui n'existent pas ? Lorsqu'une législation déclare que le testament fait par son national selon telle et telle forme est pleinement valable, que les conditions exigées garantissent sa liberté d'action et assurent la certitude de sa volonté, une autre législation serait évidemment malvenue à proclamer le contraire. Il n'y aurait qu'une seule raison d'écarter la loi nationale : ce serait la raison d'ordre public ; mais en quoi l'ordre public serait-il intéressé en la matière ? C'est ce que nous avons cherché dans un chapitre précédent, c'est aussi ce que nous n'avons pas trouvé. Enfin, comme le fait remarquablement observer le Tribunal supérieur de Papeete, les raisons qui ont fait admettre la validité du testament olographe du Français à l'étranger sont celles-là même qui doivent entraîner la validité du testament privé de forme étrangère fait en France par un étranger.

SECTION E. — La loi nationale et la loi du lieu admettent toutes deux le testament sous seing privé avec des formes identiques, mais l'interprétation jurisprudentielle des mentions exigées est toute différente dans les deux législations.

Nous faisons allusion dans ce titre aux interprétations différentes données par les jurisprudences française et belge à l'art. 970 du même Code civil ; le dissentiment porte sur la question de fausse date (1).

En France on a toujours décidé que la fausseté de la date d'un testament olographe entraînait la nullité de ce testament, parce qu'on assimile la date fausse à l'absence de date. (2) En Belgique, au contraire, la fausseté de la date peut entraîner la nullité mais ne l'entraîne pas forcément ; il n'y a nullité que si la date rectifiée se rapporte à une époque où le testateur était incapable de tester. (3) D'où conflit de jurisprudences bien plus que conflit de lois.

Voici les faits qui se sont produits. Une femme de nationalité belge teste en Belgique selon la forme de l'art. 970, mais une erreur s'est glissée dans la date ; les héritiers naturels demandent la nullité du testament

(1) V. Salleilles. *Revue trimestrielle*, 1907.

(2) *Jurisprudence française*, D., 39, 2, 4 ; S., 39, 2, 16 ; D., 87, 1, 83 ; S., 86, 1, 412 ; D., 96, 1, 196 ; S., 93, 1, 347 ; S., 86, 1, 337 et note de Labbé ; D., 86, 1, 640 ; D., 1902, 1, 128.

(3) *Jurisprudence belge*, Cassation belge, 2 avril 1857, P., 59, 233 ; 26 mars 1875, P., 76, 230 ; P., 86, 2, 265.

d'abord devant les tribunaux belges qui la repoussent, et ensuite devant nos tribunaux. La Cour de Douai eut à se prononcer à ce sujet le 17 mai 1901 (1). Nous croyons intéressant de citer les considérants de cet arrêt basés sur la règle *locus regit actum*.

« Attendu, dit-il, que c'est à bon droit que les premiers juges, ayant à s'occuper d'un testament rédigé en Belgique par une testatrice de nationalité belge, ne se sont point préoccupés de savoir si les règles de formes prescrites par la loi française ont été observées, mais ont simplement recherché si la testatrice s'est conformée aux règles de la loi ou de la législation belge.

» Attendu qu'il n'est pas contesté, qu'il a même été définitivement jugé entre les parties en cause, qu'en Belgique où a été rédigé le testament, la date qui y a été apposée répond, quant à la forme, aux conditions exigées par l'art. 970 du Code civil belge ; qu'il s'en suit que le jugement entrepris, en refusant de prononcer la nullité du testament litigieux, a fait une saine et exacte application de la loi... » Et la Cour de valider un pareil testament.

Cet arrêt est remarquable ; il semblerait à sa lecture qu'il y a un grave conflit entre des législations dissemblables auquel cas la solution apportée ne saurait être contestée ; mais là où gît la difficulté, c'est que c'est le même Code et le même article 970 qui régit la

(1) Clunet, 1901, p. 810.

matière en Belgique comme en France. Comment donc expliquer que délibérément un tribunal français ait écarté l'interprétation française au profit de l'interprétation belge ?

La Cour de Douai déclare simplement :

« Attendu qu'il est de principe, en droit international, que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et aux coutumes du pays où ils sont passés... »

C'est entendu ; mais la règle *locus* s'applique-t-elle aux interprétations jurisprudentielles ? Toute la question est là.

A la vérité on pourrait dire, et c'est ce qui est sous-entendu dans l'arrêt précité que l'art. 970 belge ne doit pas être assimilé à l'art. 970 français, bien que conçu dans les mêmes termes et provenant d'une même source : la véritable législation d'un pays n'étant pas celle qui émane des termes abstraits d'un Code, mais plutôt celle qui ressort de la vie juridique d'un peuple, telle que la comprend ses tribunaux. Après tout, ne peut-on pas dire encore que la jurisprudence n'est pas autre chose que l'application de la loi, qu'elle est la loi concrète elle-même, et alors pourquoi ne pas lui appliquer la règle *locus regit actum* ?

Nous nous rallions volontiers à cette jurisprudence, mais il n'est pas sûr que si la Cour de cassation avait eu à se prononcer en la matière, elle n'ait point cassé cet arrêt.

APPENDICE AU CHAPITRE IV

DES CONFLITS DE LA LOI LOCALE AVEC LA LOI PERSONNELLE
DU TESTATEUR AUTRE QUE LA LOI NATIONALE

Il est des pays où la loi nationale n'existe pas, l'unification du droit n'étant pas encore accomplie, ou bien des pays où la loi nationale ne s'occupe pas des formes du testament et renvoie pour cela soit à la loi du domicile, soit à la loi religieuse. Laissons de côté pour l'instant la loi du domicile, et occupons-nous de la loi religieuse.

Nous entendons par loi religieuse une loi édictée par les prêtres d'un culte quelconque pour leurs fidèles, et dont la force légale a été reconnue par les représentants de l'Etat où cette loi a été promulguée. Le mouvement général de laïcisation commencé dès le moyen-âge, a réduit à fort peu de chose le domaine de cette loi religieuse, on n'en trouve plus guère de traces que dans certains pays d'Orient, où les races et les religions étant fort mélangées, une seule et même loi ne saurait leur convenir. Les Etats ont alors fait siennes chacune des lois édictées par les différentes religions. Que décider, si un individu de pareille nationalité a suivi sa loi religieuse à l'étranger, contrairement à la loi du lieu ? Le cas s'est présenté dans la pratique, et les tribunaux français ont eu à trancher la difficulté : et fait remarquable, au lieu de prononcer

la nullité d'un pareil testament au nom de la règle *locus regit actum*, la jurisprudence en a reconnu la validité.

C'était aller à l'encontre d'une quantité d'arrêts que nous avons vus et qui annulaient le testament d'un individu fait selon sa loi nationale. Pourquoi cette distinction entre la loi nationale et la loi religieuse ? Ne sont-elles pas là où cette dernière a force légale toutes deux lois personnelles du testateur ? Le juge français n'a à s'occuper que du droit international français, car de deux choses l'une, ou bien la loi applicable est la *lex loci actus*, alors dans tous les cas le testament conforme à la loi nationale ou à la loi religieuse est nul, ou bien la loi compétente est la loi personnelle du testateur, alors pareil testament est valable. C'est ce que ne semblent pas avoir aperçu ni le Tribunal de la Seine, ni la Cour de Paris, ni la Cour de cassation (1).

« Attendu qu'à la date du 20 juillet 1885, époque de la confection de son testament, la princesse V... observait les rites de la religion bulgare orthodoxe et était, pour ce motif, quelle que fût sa nationalité, soumise à la juridiction spirituelle de l'exarchat bulgare.

» Qu'elle n'avait pas perdu les droits que lui assurait sa loi religieuse pendant son séjour momentané à Constantinople, et pouvait, dans cette ville, faire un

(1) Clunet, 1902, p. 993.

testament olographe régulier dans la forme prescrite par l'art. 120 du statut organique de l'exarchat bulgare ».

La Cour de Paris, (1) le 21 avril 1802, adopta les motifs des premiers juges.

« Qu'ainsi que les premiers juges l'ont déclaré, les questions relatives à la validité des testaments des grecs orthodoxes, sujets ottomans, sont régies par la loi religieuse et non point par la loi du Coran ; que quelle qu'ait été la nationalité de la testatrice, le seul point utile à constater c'est qu'elle observait les rites de la religion bulgare orthodoxe ».

La Chambre des requêtes de la Cour de cassation, qui rejeta le pourvoi le 18 juillet 1904 (2), ne dit pas autre chose.

Néanmoins, la solution donnée par la jurisprudence est bonne, nous croyons même que l'espèce ne pouvait en comporter aucune autre. Le conflit se présentait entre la loi ottomane et la loi religieuse des bulgares orthodoxes, toutes deux reconnues dans l'Empire turc ; or la loi religieuse — lorsqu'on permet aux religions de légiférer — doit être une loi rigoureusement personnelle, elle doit accompagner la personne partout où elle se trouve, ou bien elle n'est qu'un vain mot. Par suite, dans l'espèce que nous venons de voir, la

(1) Clunet, 1903, p. 186.

(2) Clunet, 1905, p. 1046.

seule question qui se posait était de savoir si le testateur avait oui ou non conservé sa religion ; si oui, le testament était indubitablement valable. Mais en aurait-il été de même, et la jurisprudence se serait-elle prononcée dans le même sens si, au lieu d'avoir été fait à Constantinople, le testament avait été écrit en Hollande par exemple ? Il est permis d'en douter étant donné la règle *locus* telle qu'elle est entendue par nos tribunaux.

Il y a plus, cette jurisprudence est critiquable à notre point de vue ; elle l'est surtout dans une autre hypothèse qu'elle résout implicitement : c'est le conflit qui pourrait éclater entre la loi nationale et la loi religieuse. La Cour de Paris déclare, en effet, que « quelle qu'ait été la nationalité de la testatrice, le seul point utile à constater c'est qu'elle était chrétienne et qu'elle observait les rites de la religion bulgare orthodoxe ». Le Tribunal de la Seine avait dit de même « quelle que fut sa nationalité ». Il y a, au moins, dans les termes une généralisation tout à fait impropre, car, s'il fallait croire cette solution sans réserve, voici à quelles conséquences on aboutirait : supposons un Français marié à une femme de religion bulgare orthodoxe, cette dernière devient Française mais conserve sa religion. Elle teste en France et emploie la forme usitée dans sa loi religieuse, un tel testament sera-t-il valable ? Évidemment non ; la loi française ne reconnaît de valeur législative à aucune loi religieuse.

Donc, il n'est pas exact de dire que la loi nationale importe peu : la vérité est que la loi religieuse ne peut avoir de valeur qu'autant que la législation nationale de l'individu appartenant à cette religion, lui reconnaît force de loi. Il ne peut pas y avoir de conflit entre la loi nationale et la loi religieuse d'un individu, mais seulement entre la loi nationale ou la loi religieuse d'une part et la loi du lieu d'autre part, c'est alors à la *lex fori* de trancher le conflit.

CHAPITRE V

LA LOI DU DOMICILE DU TESTATEUR

Des conflits de la loi nationale, de la loi du lieu et de la loi du domicile du testateur.

Voilà des cas de conflits qui ont été généralement passés sous silence, sans doute à cause de leur rareté dans la pratique, mais une espèce soumise tout récemment à nos tribunaux vient de les mettre en lumière. La loi de domicile, en effet, ne se présente pas souvent comme un élément distinct de conflits, elle se confond d'ordinaire soit avec la loi nationale, soit avec la loi du lieu, et c'est entre elles deux qu'apparaît le conflit. La loi du lieu a aussi perdu l'importance législative qu'elle avait autrefois : la suppression des coutumes locales, l'unification du droit a eu justement pour conséquence de lui substituer la loi nationale, c'est elle qui maintenant régit le statut personnel du Français, c'est elle qui règle sa succession mobilière, son régime matrimonial, etc. . . Il n'est cependant pas impossible de concevoir une hypothèse où la loi du

domicile apparaîtrait indépendamment de toute autre comme élément distinct de conflit : un individu teste conformément à la loi de son domicile, contrairement à la loi du lieu où il testait, et contrairement à sa loi nationale : un tel testament est-il valable ?

La question n'est pas simple et pour l'envisager sous ses divers aspects, nous croyons nécessaire de distinguer suivant que le testateur est Français ou étranger.

A. Le testateur est de nationalité française

Un Français teste en pays X suivant la loi d'un pays Y où il a son domicile. Telle est l'hypothèse. Un auteur éminent (1) n'a pas craint de se prononcer pour la validité d'un pareil testament et voici les arguments qu'il a apportés : sans doute, dit-il, aucun texte ne parle de la loi du domicile ; l'art. 999 qui s'occupe de la question, pose le principe de l'observation de la loi nationale ; mais il s'agit de savoir à quel titre intervient la loi nationale et si, à ce titre, la loi du domicile ne doit pas être considérée comme équivalente à la loi nationale. Toute la question est là ; pour parvenir à la résoudre, il n'y a qu'à rechercher la pensée du législateur de 1804. C'est bien simple : trois systèmes dans l'ancien droit proclamaient la validité du testament

(1) V. *Revue de Droit international privé*, 1907 ; — Lainé. *De la forme du testament privé en Droit international*, p. 872.

olographe fait suivant la loi du domicile. C'étaient d'abord le système de Ricard du « testament-capacité » repris par Marcadé (1) et Duguit (2), le système de Boullenois que nous avons vu ; enfin le système de Rodenburgh et Jean Voet qui aurait été déterminant au moment de la rédaction du Code : « De là, il résulte que la loi nationale du testateur, de même qu'autrefois la loi de son domicile intervient, en ce qui concerne la forme de son testament, non comme la loi de son statut personnel, mais à un titre différent. Elle suit le testateur à l'étranger non pas en surveillante impérieuse, mais en protectrice, dans l'accomplissement d'un acte juridique et dans la rédaction de l'acte instrumentaire le constatant, pour lui indiquer la forme suivant laquelle cet acte juridique sera valable et cet acte instrumentaire fera preuve. Or, dans cet ordre d'idées, pourquoi la loi du domicile ne remplirait-elle pas le même rôle ? » (3)

Enfin l'auteur étale le rôle considérable joué par la loi du domicile dans le droit international, notamment en matière de créances, de succession mobilière, prescription, interprétation de la volonté des parties, régime matrimonial.

Il faut avouer que nous sommes fort embarrassés

(1) Marcadé. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon sur l'art. 999*, n^{os} 83 et s.

(2) Duguit. *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*.

(3) Lainé. *Id.*, p. 885.

pour répondre à pareils arguments : rechercher quelle a été la pensée intime d'un législateur quand plus d'un siècle nous sépare de lui ! retrouver le choix qu'il a pu faire dans des systèmes qu'il a peut-être bien ignorés et cela sans qu'il y ait un seul mot dans les travaux préparatoires, sans document, sans rien ? Nous avouons notre impuissance. C'est d'ailleurs une méthode d'interprétation que nous abandonnons que celle qui consiste à faire revivre des idées qui avaient cours il y a un siècle ; on n'aboutit à rien d'absolument certain et l'on risque de dresser une barrière aux idées nouvelles, ou de se permettre toutes les audaces. Nous avons un texte, l'art. 999, servons-nous en ; or, à aucun endroit il n'est fait allusion à la loi du domicile ; il y est dit que le Français, et non le Français domicilié en France ou à l'étranger ni même l'individu domicilié en France, pourra tester selon les formes de l'art. 970, c'est-à-dire d'après la loi nationale et non d'après la loi du domicile. L'argument de texte a été prévu, il est spécieux, dit M. Lainé, mais il n'est pas fondé, car la loi du domicile est équivalente à la loi nationale ; qui dit loi nationale dit loi du domicile ; l'unité législative a entraîné un changement dans les mots, mais le fond du droit est resté le même.

Il nous est impossible, à notre avis, de partager ce raisonnement. Une chose est la loi du domicile, autre chose est la loi nationale. S'il est vrai qu'autrefois la loi du domicile absorbait la loi nationale,

nous ne pouvons point dire qu'à l'heure actuelle il en soit de même. Si la loi du domicile a survécu après avoir donné naissance à la loi nationale, c'est qu'elle avait en elle une raison d'être distincte. Elle n'a abandonné qu'une partie de son ancien domaine, mais là où elle l'a abandonné elle y est devenue complètement étrangère. C'est ce qui s'est produit pour l'état et la capacité, l'art. 3 comme l'art. 999 est muet sur la loi du domicile.

« Il suffit d'être Français, disait le tribun Faure devant le Corps législatif, pour que l'état et la capacité de la personne soient régis par la loi française. Que l'individu réside en France ou qu'il réside en pays étranger, dès qu'il est Français la règle est la même... » (1).

Sans doute, nous fait-on observer, mais la loi nationale n'intervient pas au même titre en ce qui concerne le statut personnel et en ce qui regarde les formes des testaments, elle n'est point une « surveillante impérieuse » mais une « protectrice ». Qu'importe ! nous croyons aussi que la théorie rangeant dans la capacité la faculté de tester olographement est fausse, et que la loi nationale intervient à un autre titre, comme protectrice si l'on veut, mais que cela ne l'empêche point d'être impérative et d'exclure toute autre loi, la loi du domicile comme la loi du lieu (art. 999). La loi

(1) Fenet, t. VI, p. 386.

française protège ses nationaux testant à l'étranger, en leur imposant obligatoirement les formes de l'art. 970 chaque fois qu'ils veulent employer le testament sous-seing privé, parce que ce sont les seules formes qui lui paraissent présenter une garantie suffisante. Il n'y a pas de place à côté de la loi nationale pour la loi du domicile. Toutefois, dans d'autres matières, en ce qui concerne la substance des actes juridiques, par exemple lorsque la matière est laissée à la volonté autonome des parties, alors pour rechercher qu'elle a pu être cette volonté, pour l'interpréter, on a recours soit à la loi du domicile, soit à la loi nationale. Doit-il en être de même pour les formes du testament sous-seing privé ? Il semble que oui, d'après l'auteur dont nous combattons le système, puisqu'il établit lui-même un parallèle avec le régime matrimonial (1). Or, constatons que la matière du régime matrimonial est une question de fond, tandis que notre matière est une question de forme. D'où ce problème, doit-on assimiler le fond et la forme des actes quant aux lois qui sont appelées à les régir ? c'est une opinion qui a été soutenue, notamment par Savigny, pour la seule raison qu'un acte est indivisible en ce qui concerne sa forme et son fond (2). Mais, sans discuter, s'il serait désirable ou non, ou même possible qu'il en fût ainsi, remarquons qu'en la matière, le Code distingue

(1) Lainé. Id., p. 886, *in fine*.

(2) Ravigny, t. III, p. 364, 367 et 354.

parfaitement le fond de la forme, notamment dans l'art. 999.

Ce que nous venons de dire à propos des formes du testament sous-seing privé, nous ne prétendons pas l'étendre à la forme des actes en général ; il faut distinguer, en effet, les formes établies *ad probationem* en vue de constituer une preuve, et celles qui sont *ad solemnitatem* nécessaires à la validité d'un acte (1). S'agit-il des formes *ab probationem*, la jurisprudence a, en effet, déclaré à maintes reprises, que les règles restrictives du Code civil sur l'emploi de la preuve testimoniale n'étaient, à aucun égard, d'ordre public et que les intéressés pouvaient renoncer à s'en prévaloir. Mais, il en est tout autrement des formes exigées *ad solemnitatem* parmi lesquelles nous rangeons celles du testament sous-seing privé. Le législateur, en exigeant des formes précises pour sa confection, a eu en vue un but d'intérêt public : non seulement assurer la liberté d'action du testateur, mais encore établir avec certitude que l'écrit qui sera présenté à sa mort est bien son œuvre de dernière volonté. Il a considéré que l'ordre public était engagé, comme pour l'état et la capacité, et il a exigé l'application de la loi française aux testaments des Français, non seulement en France mais encore en pays étranger.

(1) S., 48, 1, 206 ; S., 79, 1, 213 et surtout Cassation, 26 août 1880, S., 80, 1, 413.

B. Le testateur est de nationalité étrangère

L'étranger domicilié en France a testé en pays X... selon la loi française. Ne recherchons pas cette fois la solution dans les textes, ils n'existent pas ; raisonnons d'après les principes. Une question préjudicielle se pose : quand considèrera-t-on qu'un étranger a un domicile en France ? (1) Ne doit-on pas distinguer le domicile tel que le définit l'article 102 du Code et l'admission à domicile de l'art. 13 ? C'est la distinction que fait la jurisprudence chaque fois qu'elle recherche si un étranger possède ou non un domicile en France.

Aucune difficulté si l'étranger a obtenu l'autorisation gouvernementale nécessaire pour l'admission à domicile ; elle est en effet avant tout un acheminement à la naturalisation, et l'art. 13 qui confère dans ce cas aux étrangers tous les droits civils des Français y comprend très certainement la faculté de tester dans la forme olographe française.

La difficulté surgit seulement dans l'hypothèse où l'étranger n'a pas demandé l'admission à domicile. A part deux anciens arrêts (2) de la Cour de Cassation et quelques arrêts de Cours d'appel, la jurisprudence

(1) *Du rôle international du domicile* ; — Chausse, *Journal de Droit international privé*, 1897, p. 29.

(2) Cass., 30 nov. 1814 ; S., 1815, 1, 186 ; — Cass., 24 avril 1827 ; S., 1828, 1, 212 ; — Riom, 7 avril 1835, S., 1835, 2, 374 ; — Paris, 3 août 1849, D., 49, 2, 182.

semble bien refuser à l'étranger en France tout domicile en pareil cas (1).

Nous estimons que cette jurisprudence est mauvaise surtout depuis la loi du 29 juin 1889, qui, à notre sens, semble bien avoir déterminé le sens définitif de l'admission à domicile. Elle n'est qu'une formalité préliminaire de la naturalisation et comme telle fait acquérir certains droits spéciaux, mais elle n'a de relation avec le domicile proprement dit que le nom et l'obligation de résider non pas dans le même endroit, mais seulement en France. Une chose est le domicile, autre chose est l'admission à domicile et les conditions pour avoir un domicile en France doivent être les mêmes pour le Français et pour l'étranger : nous ne voyons aucune raison d'établir une différence, et l'étranger doit être considéré comme ayant son domicile en France, s'il y a son principal établissement (2).

(1) Cass., 19 mars 1872, S., 72, 1, 238 ; — Paris, 29 juillet 1872, D., 72, 2, 233 ; — Paris, 5 mai 1875, S., 75, 1, 409 ; — Bordeaux, 19 août 1879, S., 80, 2, 247 ; — Seine, 18 mars 1880, Cl., 1880, p. 191 ; — Cl., 1880, p. 474 ; — Cl., 1886, p. 325 ; — *Revue pratique de Droit international privé*, de Vincent et Pénard, 1890, 91, p. 99 ; — Clunet, 1891, p. 210 ; — Cl., 1901, p. 143.

(2) Remarquons que c'est là l'opinion de la jurisprudence anglaise qui a déclaré, justement à propos d'un testament olographe fait par un de ses nationaux en la forme française, que son national avait son domicile en France bien qu'il n'ait pu obtenir l'autorisation du Gouvernement de l'article 13. V. Clunet, 1877, p. 167 ; Haute Cour, 17 février 1877.

La loi anglaise et la législation américaine sont remarquables à cet égard : selon ces dernières c'est la loi du domicile qui s'occupe principalement des formes du testament, les autres lois n'étant que

Mais supposons le problème résolu et que la jurisprudence reconnaisse à l'étranger le droit d'avoir un domicile selon l'art. 102 ; cet étranger a testé selon la loi de son domicile situé en France contrairement à sa loi nationale et à la loi du lieu ? Une semblable espèce vient de se présenter devant le tribunal de la Seine ; que va-t-il décider ?

A la vérité la jurisprudence a fait quelquefois mention de la loi du domicile, dans les attendus de ses jugements, non pas certes comme raison déterminante mais comme argument a fortiori (1). Mais il semble bien qu'elle en ait écarté l'application dans un arrêt déjà ancien (2).

Voici l'espèce qui nous occupe :

Un nommé Charles Spencer (3), de nationalité américaine, avait fait en Rhode Island un testament olographe. Cette forme, reconnue par la loi française, est ignorée par la loi de Rhode Island, cependant le testateur avait cru pouvoir se conformer à la loi française

subsidiaries. Nous renvoyons à ce sujet au savant ouvrage de Dicey, professeur à l'Université d'Oxford qui traite du « statut personnel anglais. »

(1) S., 1883, 2, 249.

(2) Cassation, 25 août 1847, S., 67, 1, 712. « Attendu que la forme extérieure et la solennité des actes sont déterminés par la loi du pays où ces actes sont passés... qu'autrement l'étranger pourrait, lorsqu'il est hors de son pays, se trouver empêché de tester par l'impossibilité de recourir aux formes exigées par la loi de son domicile... »

(3) Clunet, 1908, p. 175 ; — Cour d'appel de Paris, 23 juillet 1907.

parce que son domicile était en France et que, d'après les lois anglo-saxonnes, c'est la loi du domicile qui fixe le statut personnel anglais dans lequel entre le testament portant sur des meubles.

L'affaire n'a pas été jugée au fond et la Cour de Paris n'a eu à se prononcer qu'à propos de l'appel fait à la suite d'une ordonnance d'envoi en possession du Président du Tribunal de la Seine. La Cour décida de refuser l'envoi en possession, parce que la validité du testament était contestée et qu'elle n'avait pas qualité pour trancher le débat.

La solution de la difficulté est simple si l'on fait intervenir la règle *locus regit actum*, conçue obligatoirement ; alors le testament est certainement nul. La difficulté gît seulement dans les systèmes qui admettent l'application de la loi nationale, soit comme loi subsidiaire, soit comme loi principale : la loi nationale, dit-on, dans l'espèce, est la loi américaine ; or, cette dernière établit en première ligne, comme loi compétente, la loi du domicile. Charles Spencer a suivi la loi de son domicile qui est en France, donc il a fait un testament valable. A la vérité, cela n'est pas aussi évident ; nous sommes en plein dans l'hypothèse du renvoi et c'est seulement en prenant parti dans cette célèbre question qu'on pourra résoudre ce problème. Lorsque la loi française renvoie à une loi étrangère, est-ce à la règle de droit interne ou à celle de droit international ?

Tout dernièrement, à propos d'une succession ab

intestat, la Cour de Paris à eu à se prononcer sur la question du renvoi ; elle a rejeté le renvoi, brisant ainsi avec toute la jurisprudence antérieure et adoptant les systèmes proposés par de nombreux auteurs (1 et 2).

C'est aussi notre opinion, elle aboutit à la nullité du testament d'Herbert Spencer.

Mais, a-t-on dit, la question peut se présenter d'une façon toute différente : on peut se demander si, d'après la loi française, l'observation de la loi du domicile n'est pas permise. C'est ce que nous avons examiné à propos du testateur de nationalité française, nous ne voyons aucune raison pour ne pas donner les mêmes solutions lorsque le testateur est étranger : la loi du domicile ne doit pas plus être admise dans ce cas que dans l'autre. Elle ne se justifierait que difficilement en théorie pure : elle aurait au moins besoin qu'on précise son domaine, devrait-elle s'appliquer en matière

(1) Cl., 1906, p. 178. « Considérant que les lois de Droit international privé sont essentiellement territoriales. . . Que la loi à laquelle la loi française se réfère est celle qui constitue la loi interne du pays de l'étranger et qui régirait sa succession si elle était ouverte dans ce pays, à l'exclusion des dispositions particulières de droit international privé qui peuvent avoir été édictées dans ce même pays, pour le cas où l'un de ses citoyens aurait établi son domicile ailleurs, qu'ainsi qu'on vient de le dire de semblables dispositions tant qu'elles n'ont pas été consacrées par une convention internationale, ne sont susceptibles d'aucune application en dehors du territoire pour lequel elles ont été faites. . . »

(2) Lainé. *Cours de droit international privé* ; — Labbé, Clunet, 1883, p. 5 et sur toute la matière : Clunet, tables générales, p. 591 et 921.

de testament portant sur des meubles comme sur des immeubles, ou bien faudrait-il distinguer comme en Angleterre ? Il serait aussi intéressant de savoir de quel domicile il peut être question : du domicile d'origine, du domicile légal, ou d'un domicile d'élection ? *Quid* en cas de changement de domicile ? entraînerait-il la nullité du testament, ou bien suffirait-il que ce dernier soit conforme à la loi du domicile de confection, ou à celui de l'époque de la mort du testateur ? *Quid* si le *de cuius* avait observé l'une quelconque des lois de ses différents domiciles ? etc... Autant de questions dont nous pourrions multiplier le nombre, autant de réponses que nous cherchons en vain chez les auteurs qui veulent faire intervenir la loi du domicile comme devant résoudre les conflits de lois en matière de testament sous-seing privé.

CHAPITRE VI

LA LOI DE LA SITUATION DES BIENS.

Des Conflits de la « *lex rei situs* » avec les lois susceptibles de s'appliquer aux formes du testament sous-seing privé.

Des conflits sont presque identiquement les mêmes que ceux que nous avons examinés à propos de la loi du domicile et ils comportent, selon nous, les mêmes réponses. La loi de la situation des biens est pour les immeubles ce que la loi du domicile est pour les meubles (1). Néanmoins il est bon d'examiner à part chacune des lois susceptibles de s'appliquer aux formes

(1) C'est le système de toute la législation anglo-américaine. Voici du reste ce que déclare Story dans son « statut personnel » : « Le principe général du droit coutumier est que les lois de la situation des biens immeubles régissent exclusivement, en ce qui concerne les droits des parties, les modes de transmission et les formalités qui les accompagnent. » V. dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel d'Ontario, du 5 mai 1898 ; — Clunet, 1899, p. 407, et aussi Angleterre : Clunet, 1902, p. 630.

du testament ; cela permet d'examiner la question sous des angles différents. Voici le problème : un testament qui serait conforme à la loi de la situation des immeubles légués serait-il valable ?

Si l'on ne consultait sur la matière que la vieille opinion de d'Argentré, l'affirmation ne saurait faire aucun doute. La forme des actes concernant un immeuble est régie comme l'immeuble lui-même par la loi de la situation. C'était une conception toute féodale qui a dû commencer par avoir un caractère absolu, étant donné le principe de la territorialité qui dominait le droit primitif. Dumoulin combattit avec succès cette opinion ; elle avait, d'ailleurs, un inconvénient pratique considérable : c'était d'exiger autant de testaments en autant de formes différentes que le testateur pouvait posséder d'immeubles dans de diverses coutumes. Cependant, l'idée de l'application de la *lex rei situs* n'a pas complètement disparu, on en trouve des traces et dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Dans la doctrine, citons Fœlix : (1) « Le statut réel régit les immeubles ; c'est un principe résultant de la nature des choses ; la permission d'user des formes établies par la loi du lieu de rédaction de l'acte n'est qu'une exception introduite en faveur du propriétaire et à laquelle il est loisible de renoncer. » Simple

(1) Fœlix, t. I, p. 184 ; — de même, Duranton, *Cours de Droit français*, ch. IX, n° 15.

affirmation, qu'il nous paraît inutile de discuter, car elle est en pleine contradiction avec ce que nous avons vu.

Dans la jurisprudence, nous pourrions citer, dans le même sens, un arrêt de la Cour de cassation, (1) déjà ancien du 19 mai 1830. Nous nous contenterons de nous arrêter sur un arrêt plus récent de la Cour d'Aix du 11 juillet 1881 (2).

Voici l'attendu que nous relevons :

« Attendu qu'il s'agit dans le litige actuel, principalement de biens immeubles d'une valeur très considérable situés à Marseille ; qu'il n'est point question de la capacité du testateur ni d'un objet tenant au statut personnel, mais de la forme d'un acte ayant principalement pour objet des immeubles ; que l'art. 3 du Code civil dispose catégoriquement que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

Cet argument n'est évidemment pas celui qui a entraîné la décision de la Cour d'Aix, il est plutôt un simple argument *a fortiori* ; néanmoins il est intéressant de le mentionner. Il invoque l'art. 3 du Code civil :

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

(1) S., 30, 1, 325.

(2) S., 83, 2, 249.

C'est commettre une grave erreur d'interprétation ; l'art. 3 ne vise que la situation légale de la propriété immobilière en France, les modes d'acquisition, de transmission et d'extinction des droits réels, etc., en un mot le fond du droit de propriété, mais en aucune façon la forme des actes qui ont pour objet des immeubles. Il y avait là une grave confusion que s'est bien gardé de faire un jugement du tribunal supérieur de Papeete que nous avons déjà cité (1).

« Considérant enfin que l'on ne voit pas davantage en quoi le fait par un étranger de disposer d'immeubles situés sur le territoire français, dans un testament fait d'après sa loi nationale, peut constituer une violation des prescriptions de l'art. 5 du Code civil.

« Qu'il n'y a en cela aucune dérogation aux lois régissant les immeubles en France... »

Cependant il serait exagéré de dire que la situation des immeubles est sans influence sur la validité du testament qui les a pour objet ; il y a justement une hypothèse, qui fait la raison d'être de ce chapitre et où il en est autrement. Elle tient au système de la revision adoptée par la jurisprudence française en matière d'exequatur ! le Tribunal français à qui l'on demande l'exequatur pour l'exécution d'un jugement étranger, se réserve le droit de reviser entièrement ce jugement et de le réformer si bon lui semble. Sup-

(1) Clunet, 1899, p. 593.

posons qu'un étranger ayant des biens situés en France et ayant testé dans la forme olographe française ait eu son testament annulé devant un tribunal à l'étranger pour vice de forme. On demande l'exequatur du jugement au tribunal français compétent à raison de la situation des biens, et si ce dernier le refuse et prononce la validité du testament, alors on peut bien dire qu'il y a là une application de la *lex rei situs* (1).

(1) Le cas s'est présenté devant la Cour d'Aix, S., 1883, 2, 249 ; mais dans cette espèce la *lex rei situs* se confondait avec la *lex fori*.

CHAPITRE VII

LA LOI DU TRIBUNAL

On présente à un tribunal un testament conforme à sa *lex fori* et on lui demande s'il est valable, quelle devra être sa réponse ? Elle serait simple si la *lex fori* se confondait avec la loi du lieu de rédaction ou bien avec la loi nationale du testateur, mais nous supposons par hypothèse qu'aucun de ces éléments ne se trouve réuni ; qu'en un mot il s'agisse du testament d'un étranger à l'étranger, le testament étant conforme à la *lex fori* seulement ; que devra décider le tribunal français compétent soit en raison du domicile, ou de la résidence des héritiers, soit en raison de la situation des biens ?

La solution ne saurait être cherchée dans un texte ; il n'existe pas ; on ne saurait non plus avoir recours aux précédents historiques, car la réponse certaine eut été trouvée dans la règle *locus* conçue impérativement et la nullité eut été non moins certaine : reste une jurisprudence très restreinte, d'ailleurs contestée, et une discussion soulevée par la doctrine.

Voyons la doctrine ; l'opinion quasi-unanime des auteurs est qu'un pareil testament est nul. Pourquoi ?

à cause des principes qui dominant la forme des actes en droit international. La règle *locus* est-elle admise et conçue impérativement ? Ce testament sera déclaré nul pour n'être point conforme à la loi du lieu de rédaction (1).

La règle *locus* est-elle considérée comme facultative ? Nullité encore du testament qui n'est conforme ni à la loi du lieu, ni à la loi nationale du testateur : « Il est clair, dit M. Weiss (2), que lorsque les tribunaux français ont à apprécier la validité d'un testament fait par un étranger en pays étranger, ils doivent faire complètement abstraction des règles de forme écrites dans la loi française, pour regarder uniquement celles qui sont édictées soit par la *lex loci actum* soit par la loi nationale du disposant. » La *lex loci* et la loi nationale sont donc deux lois impératives entre lesquelles on peut opter, mais qui ne laissent point place pour une troisième, la loi du tribunal.

M. Maurice Colin a plus particulièrement développé la même idée dans un article sur « la forme

(1) Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t. I, n° 106 ; XXI, n° 484 et 485.

(2) Weiss, tome IV, p. 638, la même idée se retrouve chez Baudry de Lacantinerie et Colin, t. III, n° 2254, p. 177.

« C'est ainsi que les tribunaux français ne pourraient déclarer valable un testament fait dans la forme olographe, en se conformant à toutes les exigences de l'art. 970, si d'après la loi personnelle ou la loi du pays dans lequel il a testé, l'étranger pouvait tester en cette forme ».

des testaments passés par des étrangers » (1), il pose nettement toutes les conséquences de l'application de la règle *locus*. « C'est ainsi, dit-il, par exemple, que les tribunaux français ne pourraient déclarer valable un testament qu'un étranger aurait rédigé conformément aux prescriptions de l'article 970 du Code civil, si, d'après la loi d'origine du testateur ou la loi du pays dans lequel le testament avait été rédigé ; la forme olographe n'était point considérée comme une des formes légales du testament... Ils devraient, au contraire, considérer ce testament comme valable si la loi d'origine du testateur autorise la forme olographe. Même si la loi d'origine du testateur n'admet point le testament olographe, ils devraient également admettre la validité d'un semblable testament, si celui-ci avait été rédigé dans un pays dont la législation place la forme olographe au nombre des formes légales de disposer. »

Ainsi l'auteur distingue deux hypothèses suivant qu'une des deux lois, la loi nationale ou la loi locale, admet la forme olographe ou non, mais il semble considérer qu'il n'y ait qu'une seule forme du testament sous-seing privé. *Quid* si la loi nationale ou la loi locale admettant le testament olographe, le testateur a suivi la *lex fori* qui n'exige que des

(1) *De la forme des testaments passés par des étrangers*, par Maurice Colin. Clunet, 1897, p. 943 et 944.

formes tout-à-fait simplifiées ou toutes différentes ? Il eut été intéressant de connaître l'avis de l'auteur, car implicitement il semble bien qu'il admette au moins cette application de la *lex fori* quand la faculté de tester olographement a été accordée par la loi nationale ou la loi locale.

Cependant cette opinion vient de rencontrer dans la doctrine, un auteur qui la contredit en tous points (1). Cette explication, dit-il, n'a pas la moindre valeur, car de deux choses l'une, ou bien c'est affirmer et conclure sans en donner aucun motif, ou bien c'est proclamer la nullité, parce que le testateur n'est pas tenu d'observer cette loi.

Nous verrons plus loin ce que vaut, à notre avis, cette critique. Voici dès maintenant les arguments qui ont été apportés pour justifier la validité du testament conforme à la *lex fori*. Le testament sous-seing privé, dit-on, est un acte à double fin : il sert à fixer les volontés du testateur et en même temps il en constitue la preuve. En tant que « déclaration de volontés dernières », on permettra au testateur de suivre la loi nationale ou la loi du domicile par exception la loi du lieu (2).

« Considère-t-on le testament comme une preuve produite en justice, le juge doit, en premier lieu, demander à la loi de son propre pays, quelles condi-

(1) Lainé. *De la forme du testament privé en droit international*, p. 890 ; — *Journal de droit intern. privé*, 1908.

(2) Lainé, *Id.*, p. 893.

tions de forme lui sont imposées à cet effet, et ces conditions se trouvant remplies, sans s'inquiéter d'autre chose, en accueillir le témoignage. C'est le législateur de qui il relève qui lui en fait un devoir. De la part du législateur français, par exemple, autoriser dans l'article 970 le testament olographe, c'est dire aux tribunaux français : « J'estime qu'un acte testamentaire écrit, daté et signé par le testateur atteste une volonté certaine, libre et sincère. Vous y ajouterez foi. »

Or, d'après cet auteur, le testament n'est pas autre chose qu'un mode de preuve, c'est la raison qui a fait que certaines législations comme celles des Pays-Bas ignorent le testament olographe parce qu'elles n'admettent point ce mode de preuve des volontés dernières et non pas parce que les Néerlandais sont plus accessibles aux influences du dehors que les Français. « Chaque législateur a donc à ce sujet sa manière de voir et, je le répète, le but qu'il se propose, en s'adressant à ses juges, est de leur faire connaître les conditions auxquelles, comme mode de preuve, est assujetti le testament. »

Nous déclarons tout de suite qu'il nous paraît impossible de nous rallier à un pareil système. Tout acte solennel sert, en même temps qu'à établir l'acte juridique (*negotium*), à en prouver son existence (*instrumentum*) mais il ne faudrait pas en conclure que les règles applicables aux preuves doivent s'appli-

quer à la forme des actes. Les formes exigées *ad probationem* et les formes exigées *ad solemnitatem* ne doivent pas être confondues. Les premières n'ont aucune influence sur l'acte juridique considéré en lui-même, les secondes en sont la condition d'existence ; les principes de droit international privé qui leur sont applicables ne peuvent être les mêmes. Sans doute les formes probantes et tout ce qui tient aux questions de preuve sont du domaine de la procédure et à ce titre la loi du tribunal s'applique, mais de deux choses l'une ou bien nous dirons : les formes du testament sous-seing privé sont d'ordre public comme toute la matière de la procédure et alors la loi du tribunal est seule applicable ; ou bien on dira : les formes exigées en matière de testament sous-seing privé ne sont pas d'ordre public, mais soumises au régime ordinaire des preuves ainsi que l'a compris la jurisprudence (1), alors il faudra déclarer que le testateur pourra renoncer à l'emploi des formes de l'article 970, que les légataires pourront compléter par des témoignages certaines mentions où l'on ne verra qu'un commencement de preuve par écrit, de même pour la date . . . , etc. Nous aboutissons à l'absurde. Les formes du testament

(1) La jurisprudence a, à maintes reprises, déclaré que les règles restrictives du Code civil sur l'emploi de la preuve par témoins ne sont nullement d'ordre public, que le défendeur peut renoncer à s'en prévaloir. — S., 79, 1, 213 ; S., 80, 1, 443 ; S., 66, 2, 217.

sous-seing privé sont des formes exigées *ad solemnitatem* et non *ad probationem*. Elles ont un but d'intérêt général et à ce titre elles ne peuvent être laissées à l'autonomie de la volonté, la loi du tribunal, comme les autres lois applicables aux formes du testament doit être une loi impérative ou elle ne doit pas être ; or elle ne peut pas avoir ce caractère logiquement. Qu'est-ce en effet que la loi du tribunal ? C'est celle de l'Etat auquel appartient le tribunal compétent pour juger de la validité du testament ; mais quel sera ce tribunal compétent : nul ne saurait le dire à l'avance ; il peut y en avoir une quantité innombrable autant que d'Etats, cela dépend du domicile des héritiers, de leur résidence, de la situation d'immeubles légués..., etc. Comment le testateur, au moment de la confection de son testament, pourrait-il prévoir les innombrables procès qui sont susceptibles d'être soulevés.

« Je ne saurai prévoir des malheurs d'aussi loin » pourrait-il dire. *Quid* quand il y aurait plusieurs tribunaux compétents et de nationalités différentes ? La discussion pourrait être poussée plus loin sur ce terrain, mais nous croyons bon de nous arrêter là (1).

Il n'est pas exact non plus de traduire l'art. 970, ainsi que le fait l'auteur dont nous discutons la théorie,

(1) Voir Pillet. *Principe de droit international privé*, dans le même sens, p. 483 et suiv.

par : « J'estime qu'un acte testamentaire écrit, daté et signé par le testateur, atteste une volonté certaine, libre et sincère. Vous y ajouterez foi. » Ce n'est pas exact, parce que si telle avait été la pensée du législateur, la nécessité ne se serait pas fait sentir pour lui de déclarer un peu plus loin dans l'art. 999 que le Français testant *à l'étranger* dans la forme de l'article 970, faisait un testament valable, cela eût été de soi-même. En réalité dans sa pensée la règle posée à propos du testament olographe n'avait pas cette généralité, il sous-entendait, cela nous paraît évident, que le testament *rédigé en France*, écrit, daté et signé de la main du testateur est valable, c'est la raison pour laquelle il s'est occupé ensuite du même testament rédigé *à l'étranger*.

Enfin il est inexact de dire qu'il n'y a pas de jurisprudence en la matière ; à la vérité on a parfois cité un arrêt de la Cour de Paris (1) du 5 août 1886 rendu à propos d'un testament mystique fait au Venezuela et déclaré nul parce que les formes de ce pays n'avaient pas été observées ; or rien ne nous dit dans cet arrêt que le testament fût conforme à la loi française. Il n'en est pas de même dans l'espèce suivante ; il s'agissait d'un testament fait en Savoie, ou l'on exige deux conditions : 1^o d'être daté, signé et écrit par le testateur ; 2^o d'être déposé dans les minutes d'un

(1) Weiss, p. 638. *Traité th. et prat. des int. privé* ; Colin, *Journal de droit intern. privé*, 1897, p. 944.

notaire ou dans les archives des cours et tribunaux. Le testament litigieux remplissait bien les premières formalités, mais il n'avait pas été déposé. La Savoie entre-temps est annexée à la France, le testateur meurt, son testament est valable selon la loi française, nul selon la loi sarde. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée franchement, elle s'en est tirée par un subterfuge en déclarant qu'un pareil écrit était plutôt un projet de testament qu'un véritable testament (1).

Toutefois la Cour de Chambéry et après elle la Cour de cassation rejette implicitement l'application de la *lex fori*. La jurisprudence avait à choisir entre deux lois ; la loi française et la loi sarde : aux yeux de la loi française, le testament daté, écrit et signé est un testament valable par conséquent *achevé*, il y a là une présomption *juris et de jure* à l'encontre de laquelle aucune preuve contraire ne peut être admise, par suite si les tribunaux s'étaient placés à ce point de vue, la validité du testament n'aurait fait aucun doute ; au contraire en se plaçant au point de vue de la loi sarde, la

(1) S., 1867, 1, 162 ; D., 1867, 1, 391. « Attendu qu'à la suite de cette recherche, l'arrêt déclare que, dans l'intention de Chalex, l'écrit du 30 octobre 1843 n'a jamais été qu'un simple projet qu'il se proposait de modifier. . . »

« Qu'en présence de cette intention souverainement constatée, l'arrêt a pu, sans violer les art. 893, 967, 969 du Code Napoléon, refuser à l'écrit du 30 octobre 1843 le caractère et les effets d'un testament olographe ».

conséquence inéluctable était la nullité : c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (1).

A notre avis, si les motifs allégués par la jurisprudence sont mauvais, la solution apportée est cependant excellente quant au fond. Il semble qu'il y ait là un conflit très curieux entre le droit interne et le droit international privé, le droit interne disant validité et le droit international : nullité. Au point de vue législatif, aucun d'eux ne doit l'emporter sur l'autre, chacune de ces deux branches du droit a son domaine et y est souverain. Comment donc se décider ? c'est simple selon nous, le conflit n'est qu'apparent, le tout consiste à savoir où finit le droit interne et où commence le droit international privé ; le problème est celui-ci : la question est-elle de droit civil ou de droit international ?

Il n'y a évidemment pas d'hésitation possible ; le problème est du droit international privé, le domaine de ce dernier commençant dès qu'une loi étrangère est susceptible de s'appliquer logiquement à un rapport de droit donné ; or dans notre hypothèse c'est le cas ou jamais : le principe de droit international privé est l'application de la loi nationale avec faculté de suivre la loi du lieu ; il exclut la loi du tribunal.

(1) Dans le même sens et dans une hypothèse voisine, voir un arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 août 1872 ; S., 72, 2, 269.

CONCLUSION

Nous sommes parvenus à la fin de notre étude sur les conflits de lois relatifs aux formes du testament sous-seing privé ; notre conclusion sera brève. Nous avons vu les principaux conflits qui se posent à leur sujet et les nombreux systèmes qui ont été proposés pour les résoudre. Les uns restrictifs n'admettent que l'application d'une loi unique ; loi du lieu ou loi nationale ; ils y trouvent l'énorme avantage d'une certitude plus grande des faits juridiques, d'une simplification du droit international privé et par cela même du travail du juge.

Les autres plus extensifs laissent au testateur le choix entre deux lois, la loi du lieu et la loi nationale ; ils prétendent ainsi corriger les inconvénients des systèmes précédents en facilitant l'exercice du droit de tester là où un individu pourrait en être empêché par l'ignorance de sa loi nationale ou de la loi du lieu. Un autre système enfin va plus loin encore, il autorise l'application d'une loi quelconque pourvu qu'elle ait un lien, si relâché fut-il, soit avec le testament, soit avec le testateur.

Nous nous sommes ralliés, quant à nous, à la seconde

catégorie de ces systèmes ; nous avons alors à choisir entre le principe de la règle *locus regit actum* conçue comme purement facultative, le principe de l'application de la loi du lieu et de la loi nationale à titre subsidiaire, et le principe inverse de la loi nationale avec application subsidiaire de la loi du lieu. Nous avons cru que ce dernier devait l'emporter pour plusieurs raisons ; il nous a paru plus conforme aux principes de droit international et aux textes du Code, préférable quant à ses résultats pratiques.

Il est le plus conforme aux principes du droit international ; nous l'avons vu en étudiant d'abord la règle *locus* en elle-même, sa base rationnelle et son domaine d'application, ensuite la loi nationale du testateur et ses rapports avec la forme des actes privés.

Il est également en conformité avec les textes du Code : l'article 999 pose en effet le principe de l'application de la loi nationale en ce qui concerne le testament olographe des Français, principe que par analogie nous étendons aux testaments des étrangers. Enfin nous admettons aussi l'application de la loi du lieu, là où elle n'est pas formellement exclue, par faveur pour les testaments et parce que c'est une règle traditionnelle d'utilité pratique que le législateur de 1804 a maintenue implicitement.

Il est préférable enfin quant à ses résultats pratiques. Cela nous l'avons vu encore au cours des nombreuses hypothèses de conflits que nous avons étudiés ; nous

l'avons vu à cet égard valider un certain nombre de testaments que d'autres systèmes partant de données trop étroites annulaient. N'est-ce point là un avantage énorme que de respecter la volonté d'un testateur et de ne point dresser des barrières artificielles à la faculté de tester ?

Dans cet ordre d'idées, il resterait peut-être à se demander s'il ne conviendrait pas d'admettre à côté de l'application de la loi nationale et de la loi du lieu, d'autres lois telles que celles du domicile, de la situation des biens ou bien encore du tribunal ? c'est, croyons-nous, une question purement législative, elle est en dehors de notre sujet. Contentons-nous pour finir de rappeler les travaux sur la matière qui ont fait l'objet de quatre conférences à La Haye pour le droit international privé.



APPENDICE FINAL

CONFÉRENCES DE LA HAYE POUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

*Discussions et résolutions à propos du testament
sous-seing privé (1).*

I^{re} Conférence.

La première conférence (2) qui eut lieu du 12 au 17 septembre 1893; offre un intérêt particulier : on y discuta justement la question de savoir si la règle *locus regit actum* devait être érigée en un principe général et universel de droit international privé : un avant-projet fut même rédigé et tout semblait prévoir sa réussite étant donné l'esprit de la conférence et le but qu'elle poursuivait ; voici d'ailleurs ce qui se trouvait dans le mémoire remis aux délégués afin de faire con-

(1) Nous nous sommes principalement servis dans ce chapitre des deux publications suivantes :

1° *Actes de la première, deuxième, troisième et quatrième conférence de La Haye pour le droit international privé* ;

2° *Documents relatifs à la troisième et quatrième conférence de La Haye pour le droit international privé*.

Nous avons aussi consulté les travaux de MM. Renault et Lainé.

(2) V. Lainé : Clunet, 1894, p. 5.

naître les vues du gouvernement des Pays-Bas par rapport à la conférence projetée.

« ... Il ne semble pas toutefois désirable que les
« travaux d'une telle conférence embrassent simulta-
« nément toutes les matières qui ont été discutées par
« le congrès de Montevideo, mais il paraît préférable
« de se borner, pour commencer, à *amener une entente*
« *sur les principes généraux*, sanctionnés déjà par
« plusieurs lois nationales et qui du reste ont été for-
« mulés avec une exactitude remarquable dans le
« projet du titre préliminaire de Code civil belge préparé
« en 1886 par la 2^e section de la commission de revision
« de ce Code sous l'intitulé « del'application des lois (1). »

« Ensuite il importera d'arriver à un accord concer-
« nant les rapports de droit, qui ont le plus à souffrir
« de l'incertitude signalée plus haut... »

Voilà un fait bien clair ; dans l'esprit de ceux qui réunissaient la conférence, il importait avant tout de formuler et de fixer « les principes généraux » du droit international privé ; et quant aux applications pratiques, « aux rapports de droits », les conflits qu'ils pouvaient faire naître ne devaient recevoir leurs solutions qu'en suite, solutions qui se seraient dégagées elles-mêmes des principes généraux. C'était raisonner sagement, mais peut-être avec l'arrière-pensée que la conférence allait

(1) V. *Revue de droit international et de législation comparée*, t. XXVIII, p. 442 .. 501.

poser les bases d'un Code international de droit international privé, et ne pas être seulement une simple convention internationale.

Quoi qu'il en soit, à ce mémoire présenté par le gouvernement hollandais était adjoint un projet de programme divisé en deux grandes parties dont la première, réservée aux principes généraux contenait un titre III relatif à la forme des actes. Les autres visaient (1) :

I. — L'état et la capacité des personnes.

II. — Biens. Droits réels.

IV. — Matière des actes.

Mais tandis que ces derniers devaient figurer dans le protocole final, les principes sur la forme des actes n'y figurèrent pas. Nous allons voir pourquoi.

(1) Nous croyons bon, à titre de documentation, de reproduire ici ce projet de programme très complet qui prévoit la plupart des difficultés que nous allons rencontrer dans la suite. Il eut été à désirer que la conférence ne le perdît point de vue comme elle semble l'avoir fait.

III. — *Forme des actes.*

a) La forme des actes, tant authentique que sous-seing privé, doit-elle être régie par la loi du pays où ils sont passés ?

b) Faut-il admettre que l'acte sous-seing privé peut être dressé dans les formes admises par les lois nationales de toutes les parties ?

c) Lorsque la loi, qui régit une disposition, exige comme condition substantielle qu'elle ait une forme déterminée, cette forme est-elle obligatoire, même lorsque l'acte est passé dans un pays étranger dont la loi autorise une autre forme ?

d) La solution sera-t-elle la même quand cette forme déterminée est prescrite comme règle générale, quelle que soit la nationalité des parties et quand elle n'est prescrite qu'aux nationaux ?

En réponse à toutes les questions posées par le projet de programme, une commission présidée par M. de Haan, ministre de l'Autriche, rédigea un avant-projet contenu dans cet article.

« La forme des actes est réglée par la loi du lieu où ils sont faits ou passés. »

« Néanmoins, les actes sous-seings privés peuvent être faits dans les formes admises par les lois nationales identiques de toutes les parties. »

« Lorsque la loi qui régit une disposition exige comme condition substantielle que l'acte ait une forme solennelle, les parties ne peuvent se servir d'une autre forme. »

Il y avait là, dans les deux premiers paragraphes, la consécration de la règle *locus* telle que nous la concevons en théorie pure, c'est-à-dire l'obligation de se conformer à la loi locale pour les actes publics ; la faculté de suivre la loi nationale en matière d'actes

e) La règle *locus regit actum* est-elle facultative en ce sens que les actes sous-seings privés peuvent être valablement passés en pays étranger dans la forme autorisée par la loi nationale (ou la loi du domicile) des parties appartenant à la même nationalité (ou qui sont domiciliées dans le même pays) ?

f) Les juges d'un pays doivent ils, indépendamment de la nationalité des parties, considérer comme valables les actes passés en pays étrangers dans la forme autorisée par la *lex fori*, mais sans que la forme présentée par la loi du pays étranger ait été observée ?

g) Quel principe doit être adopté par rapport à la forme des actes qui ont pour objet la constitution, la cession ou l'annulation de droits réels sur des biens immeubles ou meubles situés à l'étranger ?

sous-seings privés. Et nous n'aurions rien à ajouter s'il n'y avait pas eu le paragraphe troisième, fort obscur dans la forme et fort critiquable quant au fond : obscur, parce qu'on ne sait ce qu'il faut entendre par « la loi qui régit une disposition, » est-ce la loi locale ? est-ce la loi nationale ? Il eut été utile de préciser. Critiquable, parce que ce troisième paragraphe constitue une contradiction flagrante avec les deux premiers et détruit le principe tout entier.

Cependant il serait oiseux de pousser plus loin la discussion sur cet article, car il fut écarté et ne parut pas dans le protocole final. Il rencontra, en effet, lors de la discussion, une vive opposition. Ce fut d'abord de la part de M. Meili, délégué suisse, pour qui la maxime *locus* était une formule abstraite universellement reconnue, « qu'il est superflu d'énoncer comme « fait l'avant-projet. Notre tâche, dit-il, est de rechercher des solutions concrètes propres à faire l'objet « d'un projet de traité (1).

Et c'est aussi l'opinion de M. de Martens, délégué de la Russie, qui ne vit aucune portée pratique dans la conclusion de la question. Enfin, un délégué français, M. Legrand, proposa de faire figurer le travail de la commission au procès-verbal, mais de l'exclure du protocole final. Cette proposition prévalut et le

(1) Il y aurait peut-être un rapprochement intéressant à faire entre cette disparition et celle du titre préliminaire du Code civil.

principe *locus regit actum* adopté à l'unanimité (avec l'abstention de l'Allemagne et de l'Autriche) n'en disparut pas moins du protocole de la conférence et ne devait plus reparaître dans les autres conférences qui suivirent. Cette disparition est regrettable, elle eut évité les tâtonnements que nous allons retrouver à propos du testament sous-seing privé; enfin les raisons qui ont été apportées sont mauvaises : la règle *locus* n'est pas un principe si certain « qu'il est superflu de l'énoncer » ; il est d'une application pratique considérable (1).

A la vérité, on s'est méfié d'un principe dont on n'apercevait pas bien toute l'importance pratique, et sur l'interprétation duquel on aurait pu ne pas s'entendre.

Le principe mis de côté, la conférence porta son attention sur la matière, qui fait plus particulièrement l'objet de notre travail, sur la matière des donations et testaments. Elle confia ce soin à la III^e commission présidée par M. de Martens qui rédigea l'avant-projet suivant :

« Art. 4. — Les formes des testaments et des donations sont réglées par la loi du lieu où ils sont faits. Néanmoins, lorsque la loi, qui régit la disposition ou le testament, exige comme condition substantielle

(1) Voir à ce sujet les critiques fort justes formulées par M. Laine dans le *Clunet*, 1894, p. 244 et 245.

que l'acte ait ou la forme authentique ou la forme olographe ou telle autre forme déterminée par cette loi, la donation ou le testament ne pourra être confectonné dans une autre forme ; celle-ci fut-elle autorisée par la loi du pays où l'acte est fait. »

« Sont valables en la forme les testaments des étrangers, s'ils ont été reçus conformément à la loi nationale du testateur, par les agents consulaires de sa nation, et dans le lieu où ces agents exercent leurs fonctions. »

Si nous laissons de côté le dernier paragraphe qui ne concerne que les testaments faits devant les consuls, nous pouvons faire les remarques suivantes.

D'abord le principe adopté est bien celui de la règle *locus regit actum* et cela sans distinguer le testament sous-seing privé du testament authentique alors que la II^e commission relative à la forme des actes avait fait un rapport qui distinguait soigneusement l'acte privé de l'acte public (1). Enfin cet article 4 déclarait nettement la règle *locus* obligatoire et ne faisait d'ex-

(1) *Rapport de la 2^e Commission :*

« En principe, la règle *locus* est obligatoire. Mais, par tempérament et en vue de faciliter les actes juridiques, rien ne s'oppose à ce qu'on admette le caractère probant de l'acte sous-seing privé s'il est fait, soit dans les formes de la loi nationale de la partie, s'il n'y en a qu'une, s'il y en a plus d'une, dans les formes de la loi nationale commune ou dans les formes identiques de leurs lois nationales différentes ». En résumé c'était adopter la distinction des actes publics et des actes privés et l'application de la règle *locus* facultative pour ces derniers.

ception qu'en faveur des lois nationales qui exigent l'emploi d'une forme déterminée comme condition substantielle de validité ; il y avait là un rappel de l'art. 992 du Code néerlandais qui interdit à ses nationaux l'usage du testament olographe à l'étranger.

Cette disposition, qui devait susciter une vive discussion dans la III^e et IV^e conférence, fut presque inaperçue et l'art. 4 passa dans le protocole final sous une forme fort peu différente (1).

II^e Conférence

La deuxième conférence qui devait se réunir à La Haye le 13 juillet 1894, comprit un plus grand nombre d'Etats (la Suède et la Norvège en sus). Elle ne devait pas discuter le principe de la règle *locus*, mais, comme la première, elle porta son attention sur la forme des testaments (2). On prit pour base l'art. 3 du titre IV du protocole final de la conférence précédente et tout de suite on y demanda des modifica-

(1) *Protocole final, titre IV, art. III.*

« La forme des testaments et des donations est réglée par la loi du lieu où ils sont faits.

« Néanmoins, lorsque la loi nationale du disposant exige comme condition substantielle que l'acte ait, ou la forme authentique ou la forme olographe ou telle autre forme déterminée par cette loi, le testament ou la donation ne pourra être fait dans une autre forme.

« Sont valables, en la forme, etc... ».

(2) V. Lainé. *Clunet*, 1895, p. 740.

tions. Le délégué d'Espagne, M. Oliver Y. Esteller, intervint le premier à cause de l'article 732 du Code espagnol, lequel autorise l'emploi de la forme du testament espagnol même en pays étranger et il proposait d'amender ainsi l'article 3.

« Néanmoins, lorsque la loi nationale du disposant l'autorise expressément à tester à l'étranger dans une forme déterminée ou si elle l'exige comme condition substantielle, le testament ou la donation faits dans ces formes seront valables partout. . . »

C'était une nouvelle exception apportée à la règle *locus* obligatoire ; un acheminement vers la règle conçue comme facultative.

Cependant la II^e commission présidée par M. de Martens et chargée de la question, proposa la même rédaction que celle du protocole de 1893. Et la discussion s'engagea en première lecture : le baron de Seckendorff et M. de Korizmics firent observer la contradiction qu'il y avait entre les deux premiers alinéas. Mais la controverse devint plus vive lorsque le délégué de la Suisse, M. Roguin, posa la question de savoir si un Français testant selon les formes prescrites de l'art. 970 ferait dans les Pays-Bas un testament valable alors même que la loi française n'exige pas l'emploi de la forme olographe à l'étranger mais l'autorise simplement. M. Van Cleemputte déclara que dans l'esprit de la commission un tel testament serait valable, mais M. Asser prétendit tout le contraire ; aussi

M. Renault, devant cette contradiction, demanda-t-il une revision du texte. Le rapporteur, M. Cleemputte, proposa cette nouvelle rédaction :

« La validité des testaments et des libéralités est régie quant à la forme par la loi nationale du disposant.

« Néanmoins si la disposition est faite par acte public, la forme de cet acte est régie par la loi du lieu où il est passé. »

« Sont valables en la forme. . »

C'était l'abandon de la règle *locus* entendue comme principe en la matière des testaments ; la loi nationale lui était substituée et ce n'était que par exception pour les actes publics qu'on s'en référerait à la loi du lieu. C'était le renversement de toutes les idées admises jusqu'ici par la conférence et cependant il ne semble pas qu'on s'en soit aperçu. M. Asser critiqua la rédaction en ce qu'elle ne prévoyait pas les actes qui ne sont ni publics, ni privés dans le sens strict du mot, comme le cas peut se produire en Hollande quand il s'agit de testaments olographes déposés chez un notaire. Enfin M. Beichmann (Norvège) proposa un nouveau texte, conçu en réalité dans un tout autre esprit, auquel se rallièrent MM. Cleemputte et Renault.

« Les testaments et les donations à cause de mort sont, en ce qui concerne la forme, reconnus comme valables s'ils satisfont aux prescriptions soit de la loi

nationale du disposant, soit de la loi du lieu où ils sont faits. »

Le principe de la règle *locus*, conçue comme purement facultative, semble bien être nettement affirmée cette fois, cependant, remarquons-le, le texte place en tête l'application de la loi nationale, la loi du lieu n'est que subsidiaire.

L'amendement de M. Beichmann fut approuvé et l'on passa à la discussion de l'alinéa 2 qui prévoyait le cas où la loi nationale exige une forme déterminée. Le baron Seckendorff en demanda la suppression ; elle fut repoussée par 6 voix contre 5 : la France s'abstint. Il fut donc maintenu au protocole final (1).

Cette conférence de 1894 marqua une évolution dans les idées sur notre matière, désormais il ne sera plus question de l'obligation de se conformer à la loi locale et la loi nationale voit son domaine s'accroître de plus en plus.

(1) *Protocole final*, art. III.

« Les testaments et les donations à cause de mort sont, en ce qui concerne la forme, reconnus comme valables, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi nationale du disposant, soit de la loi du lieu où il sont faits.

« Néanmoins, lorsque la loi nationale du disposant exigée comme condition substantielle que l'acte ait la forme authentique ou la forme olographe, ou telle autre forme déterminée par cette loi, la donation ou le testament ne pourra être fait dans une autre forme.

« Sont valables, en la forme..., etc.

III^e Conférence de La Haye.

Elle se réunit du 20 mai au 18 juin 1900 (1), son but était nettement déterminé : arriver à une solution définitive par une entente internationale sur les dispositions arrêtées dans le protocole final de la conférence de 1894 (2). Un projet de programme fut rédigé par le gouvernement hollandais qui reproduisait tout simplement, à propos du testament, l'article 3 que nous avons vu précédemment.

Une procédure nouvelle fut inaugurée ! on communiqua ce projet de programme aux Etats étrangers qui l'examinèrent et renvoyèrent des notes. Voici quel fut le résultat au sujet de l'art. 3 qui nous préoccupe.

L'Allemagne demanda que l'alinéa premier fut remanié et qu'on supprimât l'alinéa deuxième relatif aux lois nationales qui exigent certaines formes pour les testaments.

Elle proposait en outre un article ainsi conçu : « Les

(1) V. Lainé. *Revue critique*, 1902, p. 428 et suiv.

(2) « Le Gouvernement des Pays-Bas estimant qu'il serait désirable
« et opportun de sanctionner par une entente internationale des
« dispositions, arrêtées par la deuxième conférence de droit inter-
« national privé au sujet du mariage, de la tutelle, des successions,
« testaments et donations à cause de mort (nos I, II et V du Pro-
« tocole final) propose la réunion d'une troisième conférence, ayant
« pour but d'assurer un accord général entre les gouvernements et
« de préparer définitivement les bases des conventions internatio-
« nales à conclure par rapport aux matières susvisées ».

« testaments ou donations à cause de mort sont, en ce
« qui concerne la forme, reconnus comme valables
« s'ils satisfont aux prescriptions soit de la loi du lieu
« où ils sont faits, soit à celles du pays auquel appar-
« tenait le disposant au moment où il disposait. »

La Commission belge de droit international privé proposa de supprimer l'alinéa deuxième parce qu'il restreignait trop l'alinéa premier et qu'il ne fallait pas que la règle *locus regit actum* fut affaiblie.

Enfin la Commission française déclara que la question essentielle était celle de la transmission successorale, que les testaments et les donations devraient être réglés par une convention spéciale et en conséquence elle demanda la suppression des articles 3 et 6 du projet.

Les autres pays adoptèrent formellement l'article ou ne firent pas d'observations à son sujet.

Disons tout de suite que les idées émises par la France ne prévalurent pas et l'art. 3 fut soumis à l'étude d'une commission qui changea quelque peu son texte.

Art. 2, al. 1^{er}. — « Les testaments et les donations à cause de mort sont valables, en ce qui concerne la forme, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi du lieu où ils sont faits, *soit de la loi du pays auquel appartenait le disposant au moment de la confection de ces actes.* »

Le changement apporté dans cette dernière phrase a son origine dans la note allemande. Un individu

peut changer plusieurs fois de nationalité ; lorsqu'on parle de loi nationale, à laquelle est-il fait allusion ? à la loi nationale d'origine, à celle du décès ou bien encore à celle du moment de la confection du testament ? la commission se rallia à cette dernière solution, et cela à la suite d'un amendement de M. Dungs. Cet amendement, à la vérité, concernait surtout l'art. 4 du projet primitif relatif à la capacité du testateur et des changements qui pouvaient en résulter par suite d'un changement de nationalité, ce qui fut prévu par l'adjonction d'un alinéa (1) ?

La modification apportée à l'article 2 n'est qu'une conséquence de cet alinéa.

L'article 2 comprenait en outre :

« Néanmoins, lorsque, pour les donations ou pour les testaments faits par une personne hors de son pays, la loi nationale de cette personne exige, comme condition substantielle que l'acte ait une forme déterminée par cette loi nationale, le testament ou la donation ne peut être fait dans une autre forme.

« Sont valables, etc... »

Dans la séance du 11 juin 1900, cet alinéa fut fort critiqué par la Délégation suisse qui en demanda purement et simplement la suppression. Il lui fut répondu

(1) Voici quel fut cet alinéa :

« Néanmoins, la capacité du disposant est soumise aussi à la loi du pays auquel il appartient au moment où il dispose ».

par la voix du président, M. Asser, que les Pays-Bas attachaient une grande importance à son maintien à raison de l'art. 992 du Code néerlandais, l'expérience ayant démontré les nombreux inconvénients qu'il y avait à permettre des testaments purement olographes. Et la conférence se rangea à son avis en adoptant par 8 voix contre 2 et 5 abstentions l'alinéa incriminé.

Le protocole final contient l'art. 2 dans son titre IV tel que l'avait rédigé la commission.

IV^e Conférence de la Haye (16 mai — 7 juin 1904).

Conformément au vœu exprimé dans le protocole final de la troisième conférence signée à La Haye le 18 juin 1900, le Gouvernement hollandais proposa la réunion d'une quatrième conférence et en conséquence elabora un projet de programme. Ce projet transactionnel reproduisait presque textuellement l'art. 2 du titre du protocole final : la seule modification était de la suppression du mot donation qui jusqu'ici avait toujours accompagné le mot testament (1).

« (1) Les testaments sont valables, quant à la forme, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi du lieu où ils sont faits, soit de la loi du pays auquel appartenait le disposant au moment où il disposait.

« Néanmoins, lorsque, pour les testaments faits par une personne hors de son pays, la loi nationale de cette personne exige comme condition substantielle que l'acte ait une forme déterminée par cette loi nationale, le testament ne peut être fait dans une autre formule.

« Sont valables... »

On suivit la même procédure qu'en 1900 : on communiqua le projet transactionnel aux puissances.

Une note de l'Autriche, émanée du Ministère impérial de la justice, demanda de modifier ainsi l'alinéa 2 sur lequel l'accord n'avait pu se faire en 1900.

« Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une forme authentique pour les testaments, pourront ne pas reconnaître comme valables les testaments faits par leurs nationaux à l'étranger, sans que cette prescription ait été observée » (1).

La même idée, très raisonnable et croyons-nous très juridique, se retrouve dans la note que fit paraître la commission permanente française de droit international privé. Après avoir adopté l'alinéa 1, elle décidait pour l'alinéa 2 : « que la réserve qu'il contient et qui « concerne spécialement la loi néerlandaise est de « nature à soulever de vives critiques. Pour en tenir « compte dans de justes limites, on pourrait procéder « comme on a fait dans la convention sur les conflits « de lois en matière de mariage (art. 5 alinéa 2) et « distinguer le pays d'origine et le pays où serait fait « le testament olographe. Il est excessif d'obliger un « pays à tenir pour nul un testament fait sur son territoire dans les formes prescrites par sa législation.

(1) La Commission permanente belge, pour le droit international privé, demanda comme en 1900 la suppression pure et simple de l'alinéa 2, pour la même raison qu'elle apporterait une trop grande dérogation à la règle *locus regit actum*

« Dans cet ordre d'idées nous proposerions l'amen-
« dement suivant :

« Néanmoins, lorsque, pour les testaments faits par une personne hors de son pays, la loi nationale de cette personne exige, comme condition substantielle, que l'acte ait une forme déterminée par cette loi nationale, le testament contraire à cette loi pourra, même s'il est conforme à la loi locale, être considéré comme nul dans le pays du testateur. »

Ainsi s'exprimait la note française : on ne peut pas dire qu'elle fût à l'abri de toute critique, si elle tranchait un conflit de lois, elle créait par contre un conflit de jurisprudences. Supposons un Hollandais testant suivant la forme olographe de l'art. 970 en France ; il a des biens situés à la fois en Hollande et en France : son testament valable en France y règlera la dévolution de ses biens qui s'y trouvent ; tandis que ce même testament sera nul en Hollande où sa succession s'ouvrira *ab intestat* ou selon un testament antérieur. Il y a évidemment la quelque chose de fâcheux. La véritable solution aurait été dans la suppression définitive de l'alinéa 2, l'article 992 du Code néerlandais étant de très mauvaise législation. La Commission chargée de l'étude du projet des successions testamentaires comprenait cette fois deux membres de la délégation française : MM. Renault et Lainé, ce dernier fut nommé rapporteur.

Ce rapport contenait un passage particulièrement

intéressant sur notre matière, dans lequel il était fait allusion à un amendement de M. Mirli. Cet amendement déclarait un testament valable non seulement quand il était conforme à la loi nationale du testateur au moment où il disposait, mais même s'il remplissait les conditions exigées par la loi nationale du disposant au moment de son décès. « La majorité de la commission, sans vote exprès, l'a repoussé, il lui a semblé inadmissible qu'un acte juridique, nul, *ab initio*, puisse être après coup validé », déclare le rapport de M. Lainé.

Mais, lors de la discussion, toute la controverse se concentra sur ce fameux alinéa 2 qui, en 1900, avait été déjà si vivement critiqué. Défendu avec les mêmes arguments par M. le Président Asser, il fut combattu par MM. Renault, Meili, de la Vallée Poussin et Lainé, pour l'excellente raison, à votre avis, « qu'il était excessif de demander à un Etat de tenir pour nul un acte juridique fait sur son territoire et conforme à sa propre loi. »

Finalement l'alinéa 2 du projet mis aux voix et n'ayant obtenu que 4 voix contre 4 ne fut pas admis. Le rapporteur en proposa immédiatement un autre que voici :

« Néanmoins, lorsque, pour le testament fait par une personne hors de son pays, sa loi nationale exige ou défend une forme déterminée, l'inobservation de cette règle peut entraîner la nullité du testament

dans le pays dont le testateur était le sujet, sans empêcher, d'ailleurs, si la loi est conforme à la loi du lieu où il a été fait, que là et dans les autres pays il soit valable. »

Ce texte fut adopté presque sans discussion en première lecture, il fut conservé sans modification par le comité de lecture, et il figure ainsi dans le protocole final.

Ce n'était en somme que la reproduction de l'amendement transactionnel proposé par la commission française de droit international privé.

Vu :
Le Doyen :
LYON-CAEN.

Vu :
Le Président de la Thèse,
AMBROISE COLIN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	v
INTRODUCTION ET PLAN.....	1
CHAPITRE I ^{er} . — Historique.....	7
SECTION I. — Doctrine et législation.....	7
Le testament privé et la doctrine italienne	8
Le testament privé en France à l'époque de la rédaction des coutumes.....	9
Le testament privé en pays de coutume.....	9
— en pays de droit écrit.....	10
L'ordonnance de 1629.....	10
Les applications de la <i>lex rei situs</i> au testament privé.....	11
La <i>lex loci</i> , son domaine et son caractère.....	11
Opinion de Dumoulin.....	11
— de Pothier.....	17
— d'Auzanet.....	18
— de Furgole.....	18
— de Charondas.....	23
— de Ferrière.....	23
Ordonnance de 1735.....	18 et 20
La loi du domicile.....	16
Opinion de Ricard.....	26
— de Bouhier.....	28
Système de Boullenois.....	30
SECTION II. — Jurisprudence.....	33
Arrêts qui ne distinguent point le testament privé du testament public jusqu'en 1615.....	34
Arrêts qui font nettement la distinction, caractère obligatoire de la <i>lex loci</i> , arrêt de 1721 (15 janvier).....	35
Arrêts rendus pendant la période révolutionnaire....	42
CONCLUSION.....	43

	Pages
CHAPITRE II. — La loi du lieu et le testament sous seing privé.	
Règle « <i>locus regit actum</i> ».....	47
Des diverses conceptions de la règle <i>locus</i> dans l'histoire.....	48
La règle <i>locus</i> et les travaux préparatoires. A-t-elle été rejetée par les rédacteurs du Code? Comment a-t-elle été conçue? Impérative ou facultative?....	49
La règle <i>locus</i> dans le Code civil. — Commentaires sur l'article 999.....	59
La règle <i>locus</i> considérée en elle-même, Est-elle un principe de droit international privé?.....	62
Elle est une règle de nécessité ou d'utilité pratique selon les hypothèses.....	73
La règle <i>locus</i> dans les législations étrangères. Note..	78
APPENDICE DU CHAPITRE II. — De la preuve du lieu où le testament a été fait.....	79
Le testament ne contient aucune mention de lieu....	80
Le testament contient la mention du lieu où il a été fait.	84
CHAPITRE III. — La loi nationale du testateur et le testament sous-seing privé.....	88
La loi nationale du testateur dans l'article 999 du Code civil.....	88
N'a-t-elle qu'un rôle secondaire?.....	89
Elle est la loi principalement applicable.	89
Opinion de M. Duguit et critique.....	91
Rappel de la thèse de Ricard et Boubier.....	93
Essai de justification.....	95
Le principe est l'application de la loi nationale du testateur et subsidiairement de la loi du lieu.....	99
CHAPITRE IV. — Conflits de la loi nationale du testateur et de la loi du lieu de confection du testament..	102
1° La loi nationale admet le testament sous-seing privé, la loi du lieu l'ignore ou le prohibe.....	103
2° La loi du lieu admet le testament sous-seing privé, la loi nationale l'ignore.....	104

	Pages
3° La loi du lieu admet le testament sous-seing privé, la loi nationale le prohibe.....	107
4° La loi nationale et la loi du lieu admettent toutes deux le testament sous-seing privé, mais exigent des formes différentes.....	119
Le Français à l'étranger.....	119
L'étranger en France.....	123
5° La loi nationale et la loi du lieu admettent toutes deux le testament sous-seing privé avec des formes identiques, mais l'interprétation jurisprudentielle est toute différente dans les deux législations.....	137
APPENDICE DU CHAPITRE IV. — Des conflits de loi locale avec la loi personnelle du testateur autre que la loi nationale.....	
La loi religieuse et le testament sous-seing privé....	143
CHAPITRE V. — La loi du domicile du testateur.....	
Des conflits de la loi nationale, de la loi du lieu et de la loi du domicile du testateur.....	145
Le testateur est de nationalité française. La loi de domicile équivaut-elle à la loi nationale ?.....	146
Le testateur est de nationalité étrangère. L'hypothèse du renvoi.....	152
CHAPITRE VI. — La loi de la situation des biens légués.....	
Des conflits de la <i>lex rei situs</i> avec les lois susceptibles de s'appliquer aux formes du testament sous-seing privé....	158
CHAPITRE VII. — La loi du Tribunal.....	
Un testament sous-seing privé conforme à la loi du tribunal devant lequel il est porté contrairement à la loi nationale ou à la loi du lieu est-il valable ?	163
D'un prétendu conflit entre le droit interne et le droit international privé.....	172
CONCLUSION.....	173

	Pages
APPENDICE FINAL. — Conférences de La Haye, pour le droit international privé. Discussions et réso- lutions à propos du testament sous-seing privé.....	177
I ^{re} Conférence.....	177
II ^e Conférence.....	184
III ^e Conférence	188
IV ^e Conférence.	191

